



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2026.0000252853

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502504-88.2024.8.26.0542, da Comarca de Carapicuíba, em que são apelantes JEFERSON DA SILVA CALHARI, LUCAS REIS DE ARAUJO, CELSO GUSTAVO DA SILVA JUNIOR, WALLACY JORDAN SILVA TORRES, ITALO DE SOUZA SILVA e CAIO ACIOLY BARBALHO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram dos recursos e, por v.u.: I) acolheram parcialmente a preliminar invocada pela defesa de JEFERSON para: a) afirmar a ilicitude probatória da confissão informal dos apelantes; b) afirmar a validade da apreensão das drogas e demais instrumentos do crime por força da teoria da fonte independente preexistente; c) afirmar a licitude dos depoimentos dos policiais nos pontos em que não há referência à confissão informal dos apelantes; II) no mérito, deram parcial provimento aos recursos para: a) afastar a causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006; b) readequar a reprimenda dos apelantes JEFERSON, CAIO, CELSO, LUCAS e WALLACY, cada qual, para 8 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 833 dias-multa, no mínimo legal, como incursos no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006; c) readequar a reprimenda do apelante ÍTALO para 10 anos, 5 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 1044 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006; d) conceder aos apelantes LUCAS e WALLACY os benefícios da gratuidade de justiça, mantendo, no mais, a r. sentença. Indeferiram os pedidos de revogação das prisões preventivas dos apelantes CAIO e LUCAS. , de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 23 de março de 2026.

MARCOS ZILLI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 12.085

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1502504-88.2024.8.26.0542

Apelantes: Celso Gustavo da Silva Júnior, Caio Acioly Barbalho, Jeferson da Silva Calhari, Wallacy Jordan Silva Torres, Ítalo de Souza Silva e Lucas Reis de Araújo

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Carapicuíba

DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÕES DEFENSIVAS. ILICITUDE PROBATÓRIA. CONFISSÃO INFORMAL. DIREITO AO SILÊNCIO. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. RECURSOS CONHECIDOS. PRELIMINAR PARCIALMENTE ACOLHIDA. NO MÉRITO, PARCIAL PROVIMENTO.

1. CASO EM EXAME

1.1. Recurso de apelação interposto pelas defesas de CELSO GUSTAVO DA SILVA JÚNIOR, CAIO ACIOLY BARBALHO, JEFERSON DA SILVA CALHARI, WALLACY JORDAN SILVA TORRES, ÍTALO DE SOUZA SILVA e LUCAS REIS DE ARAÚJO, contra a r. sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Carapicuíba, que: a) condenou os corréus JEFERSON, CAIO, CELSO, LUCAS e WALLACY, cada qual, à pena de 9 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 971 dias-multa, no mínimo legal, como incursos no art. 33, caput, combinado com o art. 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/2006; b) condenou ÍTALO à pena de 12 anos, 2 meses e 9 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1218 dias-multa, no mínimo legal, como incursos no art. 33, caput, combinado com o art. 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/2006; c) absolveu os apelantes da imputação da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prática do delito tipificado pelo art. 35 da Lei 11.343/2006, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

1.2. Preliminares de ilicitude probatória por violação do direito ao silêncio (JEFERSON) e quebra da cadeia de custódia (CELSO e LUCAS). Pleito recursal absolutório por insuficiência probatória e afastamento da majorante e redução da reprimenda em caráter subsidiário.

2. DO FATO SUBMETIDO A JULGAMENTO

Apelantes condenados pela prática do tráfico interestadual de drogas porque, nas condições descritas na denúncia, após transportarem entre estados da Federação e receberem, tinham em depósito, guardavam e traziam consigo 256 tijolos da droga maconha, com massa líquida de 279,6 kg, para fins de entrega a terceiros, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

3. RAZÕES DE DECIDIR

3.1. Direito ao silêncio. Confissão informal, manifestada pelos apelantes CAIO, CELSO, JEFERSON e LUCAS, após a apreensão dos entorpecentes e dos instrumentos do crime. Violação ao princípio do nemo tenetur se detegere. Qualquer pessoa tem o direito de permanecer em silêncio, de não declarar qualquer informação que resulte em autoincriminação. Art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e art. 8.2.g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Norma de eficácia imediata. Direito que independe de regulamentação por norma infraconstitucional. Necessidade de advertência ao direito ao silêncio em qualquer fase da persecução penal e por qualquer agente estatal. Precedentes da Suprema Corte norte-americana, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos Tribunais Superiores Pátrios. Inadmissibilidade da prova ilícita.

3.2. Exceções à prova ilícita por derivação. Ilicitude que não é capaz de contaminar outros elementos probatórios. Apreensão das drogas, do numerário e demais instrumentos do crime durante os regulares procedimentos de busca, precedendo, assim, à confissão informal. Fonte independente preexistente. Desconsideração das referências feitas pelos policiais à confissão informal. Subsistência dos demais relatos não relacionados com a prova ilícita. Aplicação do art. 157 do Código de Processo Penal que se impõe. Precedentes da Suprema Corte norte-americana reconhecidos pela jurisprudência nacional e incorporados na legislação.

3.3. Cadeia de custódia. 3.3.1 As irregularidades na cadeia de custódia não devem ser analisadas isoladamente, mas sim em conjunto com os demais elementos produzidos ao longo da instrução, cabendo ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

magistrado analisar o caso concreto e aferir se a prova é confiável. Precedente do STJ. 3.3.2. Substâncias entorpecentes e aparelhos celulares coletados pelos policiais civis por ocasião da detenção dos apelantes. Entorpecentes transportados até a delegacia onde foram apreendidos durante lavratura do auto de prisão em flagrante e encaminhadas ao Instituto de Criminalística através de invólucros lacrados. 3.3.3. O fato de os entorpecentes não terem sido coletados por peritos oficiais não induz à conclusão de que houve quebra de cadeia de custódia. Fase de coleta que deverá ser realizada preferencialmente – porém não exclusivamente – por perito (art. 158-C do CPP). Substâncias que se encontravam acondicionadas em tijolos, inexistindo qualquer indício de que teriam sido contaminadas durante o transporte. Ausência de indícios de que os policiais tenham manipulado a prova com a finalidade de prejudicar os acusados. Quebra da cadeia de custódia não evidenciada.

3.4. Condenação adequada. Materialidade demonstrada. Apreensão e perícia das substâncias entorpecentes. Autoria certa. Depoimentos firmes e uniformes das testemunhas policiais responsáveis pelo encontro dos apelantes em contexto flagrancial. Versão corroborada pelo relatório de investigação. Destinação comercial comprovada. Causa de aumento prevista pelo art. 40, V, da Lei de Drogas não comprovada.

3.5. Dosimetria. 3.5.1. Apelantes JEFERSON, CAIO, LUCAS, CELSO e WALLACY. Pena-base fixada em 2/3 acima do mínimo legal. Apreensão de aproximadamente 280 kg de maconha. Excessiva quantidade. Privilégio corretamente afastado. Dedicção a atividades criminosas. Afastamento da causa de diminuição prevista pelo art. 41 da Lei de Drogas com relação ao corréu LUCAS. Regime fechado mantido. Impossibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Concessão da gratuidade de justiça em favor de WALLACY e LUCAS. 3.5.2. Apelante ÍTALO. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Apreensão de aproximadamente 280 kg de maconha. Excessiva quantidade. Maus antecedentes comprovados. Reincidência comprovada com aumento em 1/6. Regime fechado mantido. Impossibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

4. DISPOSITIVO

Recursos conhecidos. Parcial acolhimento da preliminar com a afirmação da ilicitude probatória da confissão informal dos apelantes. No mérito, parcial provimento dos recursos para: a) afastar a causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006; b) readequar a reprimenda dos apelantes JEFERSON,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAIO, CELSO, LUCAS e WALLACY, cada qual, para 8 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 833 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006; c) readequar a reprimenda do apelante ÍTALO para 10 anos, 5 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 1044 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006; d) conceder aos apelantes LUCAS e WALLACY os benefícios da gratuidade de justiça. Manutenção das prisões preventivas de CAIO e LUCAS.

5. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA RELEVANTES CITADAS:

Legislação: Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXIII; Lei 11.343/2006, arts. 33, caput, e 40, inciso V; Código de Processo Penal, arts. 157, 158-A a 158-F.

Jurisprudência: STJ, AREsp nº 2.123.334/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 20.06.2024, DJe de 02.07.2024. STJ, HC 653.515/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23.11.2021, DJe de 01.02.2022. STF, ADPF nº 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14.06.2018, DJe de 22.05.2019. STJ, RHC nº 131.030, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03.11.2020, DJe de 16.11.2020. STJ, HC 330.559/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25.09.2018, DJe de 10.10.2018. STF, HC nº 80.949/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 30.10.2001. STF, Reclamação nº 33.711, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11.06.2019. STF, RHC nº 192798 AGR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12 a 23.02.2021.

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelas defesas de **CELSO GUSTAVO DA SILVA JÚNIOR, CAIO ACIOLY BARBALHO, JEFERSON DA SILVA CALHARI, WALLACY JORDAN SILVA TORRES, ÍTALO DE SOUZA SILVA e LUCAS REIS DE ARAÚJO** contra a r. sentença proferida pela MM.^a Juíza de Direito Carolina Hispagnol Marchi, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Carapicuíba, que, julgando parcialmente procedente a ação penal, a) condenou os corréus **JEFERSON, CAIO, CELSO, LUCAS e WALLACY**, cada qual, à pena de 9 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pagamento de 971 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/2006; **b)** condenou **ÍTALO** à pena de 12 anos, 2 meses e 9 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1218 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/2006; **c)** absolveu os apelantes da imputação da prática do delito tipificado pelo art. 35 da Lei 11.343/2006, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls. 1765/1817 e 1933/1936).

Em suas razões, a defesa de **WALLACY** pugna pela absolvição por insuficiência de provas, sustentando que o apelante não tinha conhecimento acerca do conteúdo transportado nos veículos encontrados em seu estabelecimento comercial, destacando que não foi localizado qualquer instrumento que o vinculasse ao tráfico de drogas. Afirma que o apelante não empreendeu fuga, mas sim acreditava que seria vítima de assalto, razão pela qual registrou boletim de ocorrência. Subsidiariamente, pugna pelo afastamento da majorante, a aplicação do privilégio, a redução da pena-base e a substituição por penas restritivas de direito, bem como a concessão da gratuidade de justiça (fls. 1875/1914).

A defesa de **ÍTALO** pugna, igualmente, pela absolvição por insuficiência de provas. Sustenta, em suma, que os relatos dos policiais não foram corroborados por outros elementos de convicção. Caso mantida a condenação, pugna pelo afastamento da causa de aumento, a redução da pena-base para o mínimo legal ou aumento em menor patamar, o afastamento dos maus antecedentes, a aplicação do privilégio, modificação do regime inicial de cumprimento de pena (fls. 1952/1965).

Por seu turno, a defesa de **LUCAS** suscita questão preliminar, invocando quebra da cadeia de custódia. Afirma que não foi observado o devido rastreamento dos vestígios, visto que os entorpecentes somente foram lacrados em delegacia, que o local do encontro da droga não foi isolado e que a droga teria sido transportada na própria viatura, violando as regras previstas pelo art. 158 e seguintes do CPP. Afirma, ademais, que não houve código de rastreamento, protocolo de recebimento da droga ou identificação de quem a recebeu, o que comprometeria a fidedignidade do material apresentado. No mérito, pugna pela absolvição por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

insuficiência de provas, sustentando que o apelante fez prova de que somente estava no local para lavar seu veículo, inexistindo prova de que os entorpecentes se encontravam no interior de seu automóvel. Caso mantida a condenação, pugna pelo afastamento da majorante, a aplicação do redutor, a redução da reprimenda por força da colaboração premiada (art. 41 da Lei 11.343/2006), a diminuição do aumento aplicado na pena-base e fixação de regime prisional mais brando, bem como a revogação da prisão preventiva e concessão da gratuidade de justiça (fls. 2136/2157).

Já a defesa de **CELSO** também invoca, em preliminar, quebra de cadeia de custódia. Sustenta que os entorpecentes foram removidos do local e transportados até a delegacia pelos próprios policiais, destacando que o caminhão apenas foi fotografado no pátio da delegacia e não no local da apreensão. Chama a atenção para o fato de que as substâncias entorpecentes foram transportadas sem o devido acondicionamento e lacração em sacos próprios, o que inviabilizou a adequada fixação e coleta no local, o que, em seu entendimento, criaria dúvidas sobre a origem, quantidade e integridade do material apreendido. Postula pelo reconhecimento de nulidade da prova, determinando-se o seu desentranhamento. No mérito, pugna pela absolvição por insuficiência de provas quanto à autoria, invocando a negativa do apelante de que estava no local para alugar um automóvel para trabalhar, destacando que os entorpecentes estavam em veículos de terceiros. Sustenta, ainda, que a suposta confissão informal não foi lastreada em outros elementos de prova. Subsidiariamente, postula pelo reconhecimento do privilégio, a redução da pena-base, o afastamento da majorante, bem como a fixação de regime diverso do fechado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 2161/2175).

A defesa de **CAIO** postula, inicialmente, pela restituição do veículo apreendido, sustentando que o bem pertencia ao pai do apelante e que havia pegado emprestado para que trabalhasse como motorista. Assevera que o bem foi adquirido com recursos lícitos antes da prática delituosa e que não foram constatadas modificações no automóvel. No que se refere ao delito imputado, aduz que o apelante foi chamado para realizar um frete e que desconhecia a carga que seria transportada, afirmando que o apelante não presenciou quem teria carregado o automóvel quando



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estava no fundo do lava-rápido. Aponta, ademais, que a suposta confissão informal mencionada pelos policiais seria nula. Caso mantida a condenação, pugna pelo afastamento da causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei de Drogas, o reconhecimento do privilégio, fixação de regime prisional mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a revogação da prisão preventiva (fls. 2178/2195).

Por fim, a defesa de **JEFERSON** suscita matéria preliminar, invocando a nulidade da confissão informal, aduzindo que nenhum dos policiais fez qualquer menção à advertência do direito ao silêncio e que ela sequer foi documentada. No mérito, pugna pela absolvição por insuficiência probatória, sustentando que os entorpecentes foram encontrados no interior dos veículos dos corréus e que nenhum vestígio foi identificado em seu caminhão. Subsidiariamente, pugna pelo afastamento da majorante, o reconhecimento do privilégio, a redução da pena-base, fixação de regime diverso do fechado e substituição por penas restritivas de direito. Manifestou, por fim, o desejo de sustentação oral (fls. 2197/2212).

Contrarrazoados (fls. 2217/2231), em parecer, a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento dos recursos (fls. 2256/2268).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

As apelações devem ser admitidas.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. Os recursos são cabíveis, pois a sentença é recorrível e as partes se valeram da via impugnativa adequada. Foram interpostos tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os pressupostos subjetivos. As partes possuem legitimidade e interesse recursal, na medida em que almejam a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2. Dos recursos interpostos

2.1. Síntese dos termos da imputação

Os acusados foram denunciados e processados pela prática dos delitos tipificados pelo art. 33, caput, combinado com o art. 40, inciso V, e pelo art. 35, caput, todos da Lei 11.343/2006, porque, ao menos até o dia 21 de agosto de 2024, por volta das 16h45, na cidade e comarca de Carapicuíba, associaram-se entre si, para o fim de praticarem, reiteradamente ou não, o crime do artigo 33 “caput” da lei 11.343/06; bem como, na tarde de 21 de agosto de 2024, por volta das 16h45, na Rua Nova Horizonte, 24, na cidade e comarca de Carapicuíba, agindo em concurso e com unidade de desígnios entre si, após transportarem entre estados da Federação e receberem, tinham em depósito, guardavam e traziam com eles, para fins de traficância, 256 tijolos da droga maconha, com massa líquida de 279,6 kg, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (fls. 504/510).

Conforme narrado pela denúncia, policiais civis se dirigiram até o sobredito endereço a fim de apurarem informações de que no local havia um lava-rápido/estacionamento que funcionava como entreposto para o armazenamento de entorpecentes para posterior distribuição. Os agentes de segurança visualizaram **WALLACY** e **ÍTALO** no local e, em seguida, perceberam a aproximação de três veículos: um **Hyundai/HB20**, de cor prata, placa FPY-1645, um **Fiat/Argo**, cor branca, placa SYT-5E97 e um **Renault/Kwid**, cor prata, placa CUP-2E86, cada qual com um motorista, sendo que as portas do estabelecimento foram fechadas por **WALLACY** e **ÍTALO**. Logo depois, um caminhão **VW/13.180 CNM**, cor branca, placa EYJ-2J11, conduzido por **JEFERSON**, ingressou no local e o portão foi novamente fechado.

Em dado momento, enquanto os policiais aguardavam os réus abrirem novamente o portão, **WALLACY** e **ÍTALO** empreenderam fuga a pé pela rua ao avistarem a viatura. Os demais tentaram fugir pelos fundos do imóvel, porém foram detidos. Os policiais vasculharam os veículos e localizaram 133 tijolos de maconha no interior do **Hyundai/HB20** que estava na posse de **CAIO**, além de 123 tijolos da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

droga dentro do **Fiat/Argo** que estava na posse de **LUCAS**. Todos admitiram informalmente a traficância, sendo que **JEFERSON** ainda revelou que transportou os tijolos de maconha para aquele local na carroceria de seu caminhão, vindo da cidade de Campo Grande/MS. **CAIO** e **LUCAS** admitiram que foram ao local buscar as drogas para distribuição. **CELSO**, responsável pelo **Renault/Kwid**, disse que iria acompanhar os carregamentos dos veículos e o transporte feito pelos corréus até o destino final das drogas. Ainda foram apreendidos celulares e dinheiro em poder de **CAIO, CELSO, JEFERSON** e **LUCAS**.

Os acusados **LUCAS, JEFERSON, CELSO** e **CAIO** foram encaminhados à delegacia de polícia e, assim, a persecução penal foi instaurada mediante auto de prisão em flagrante. Os acusados presos em flagrante foram agraciados com a liberdade provisória em sede de audiência de custódia. Quando do juízo de admissibilidade da inicial, a autoridade judiciária acolheu a representação formulada pela autoridade policial, com a concordância do Ministério Público, e decretou a prisão preventiva de todos os acusados. Finda a instrução, os réus foram absolvidos quanto ao delito de associação ao tráfico e condenados pelo delito de tráfico interestadual de entorpecentes.

2.2. Da prova oral

Em sede policial, Luiz Carlos de Medeiros Júnior e Anderson Rogério de Melo Silveira, policiais civis, relataram que, a partir de investigações correlatas relativas ao tráfico de entorpecentes, houve o aprofundamento das investigações o que culminou na obtenção de informação de que indivíduos utilizavam um imóvel, onde funcionava um lava-rápido, para fins de tráfico. O referido local, situado na Rua Novo Horizonte, nº 24, Jardim Ana Estela, Carapicuíba-SP, serviria como entreposto e armazenamento de drogas para posterior distribuição. Na data dos fatos, durante trabalho de campo, posicionaram-se naquele logradouro e avistaram movimentação na entrada do local. Avistaram **WALLACY** e **ÍTALO**, ambos já investigados como integrantes do bando, notando que eram os responsáveis pelo estabelecimento. Após alguns minutos, três veículos se aproximaram: um **Hyundai/HB20**, cor prata, placas FPY-1645, um **Fiat/Argo**, cor branca, placas SYT-5E97 e um **Renault/Kwid**, cor



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prata, placas CUP-2E86. **WALLACY** e **ÍTALO** fecharam as portas do lava-rápido e, após alguns instantes, novamente abriram quando da chegada de um caminhão de grande porte VW/13.180 CNM, cor branca, placas EYJ-2J11. As portas foram novamente fechadas. Após alguns instantes, suspeitando que aquele caminhão poderia conter drogas para posterior distribuição através dos veículos, aguardaram a abertura dos portões, o que efetivamente ocorreu. **WALLACY** e **ÍTALO** correram a pé pela via pública. Os demais tentaram fugir pelos fundos, porém foram detidos. Antes, **CAIO** quebrou seu aparelho celular. Apuraram que os responsáveis pelos veículos eram **JEFERSON** (caminhão), **CAIO** (**Hyundai/HB20**), **LUCAS** (**Fiat/Argo**) e **CELSO** (**Renault/Kwid**). No interior do **Hyundai/HB20** foram encontrados 133 tijolos de maconha e no interior do **Fiat/Argo** 123 tijolos da mesma substância. Todos confessaram informalmente a traficância, sendo que **JEFERSON** admitiu ter transportado a droga na carroceria do caminhão desde a cidade de Campo Grande/MS. Por sua vez, **CAIO** e **LUCAS** admitiram que ali estavam para distribuir a maconha, enquanto **CELSO** admitiu que acompanharia os corréus, como “batedor”, até o destino final das drogas. Aprenderam aparelhos celulares e dinheiro com os abordados (fls. 04/06 e 07/09).

Sob o crivo do contraditório, a testemunha Luiz Carlos confirmou a dinâmica antes narrada. Esclareceu que havia uma investigação em curso iniciada a partir da apreensão de um carregamento de drogas que levou ao cumprimento de buscas em algumas residências e, por fim, à operação no lava-rápido que funcionava como entreposto. Na data dos fatos, avistou **ÍTALO** e **WALLACY** no lava-rápido, constatando, em dado momento, a chegada dos veículos **Hyundai/HB20**, **Fiat/Argo** e **Renault/Kwid**. Com a chegada dos veículos, **ÍTALO** e **WALLACY** fecharam o portão do estabelecimento. Algum tempo depois chegou o caminhão, conduzido por **JEFERSON**, e o portão foi novamente aberto e fechado. Diante da movimentação suspeita, deliberou pela abordagem assim que o portão fosse novamente aberto, o que de fato ocorreu. Disse que **ÍTALO** e **WALLACY** correram para lados opostos da via, enquanto os demais acusados correram para os fundos do lava-rápido onde foram abordados. Disse que cerca de metade da carga de drogas estava no interior do **Hyundai/HB20** e a outra metade no **Fiat/Argo**. Contou que os abordados admitiram informalmente os fatos, sendo que **CELSO**, condutor do **Renault/Kwid**, disse que



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

atuaria como “batedor”. **JEFERSON**, por seu turno, contou que trouxe a carga de drogas do Mato Grosso do Sul escondida em um galão. Explicou que havia investigação em curso, aproximadamente há dois meses, que resultou na prisão de outros indivíduos responsáveis pelo transporte de carga de drogas. Disse que os abordados estavam com pequena quantia em dinheiro e que um deles chegou a quebrar um aparelho celular. Explicou que **ÍTALO** morava próximo do local e, através do cruzamento de dados nos bancos de dados policiais, conseguiu identificá-lo e reconhecê-lo. Através de pesquisas de campo, pode apurar que **ÍTALO** era responsável por abrir e fechar o lava-rápido. Disse que, para além da confissão informal de **JEFERSON**, realizou uma pesquisa pelo sistema Muralha/Detecta e apurou que o caminhão tinha chegado ao Estado de São Paulo naquele dia. Não estava utilizando viatura caracterizada. Disse que somente identificou **LUCAS** no dia dos fatos, não sabendo dizer se antes esteve no lava-rápido. **CELSO** também não foi identificado em investigações pretéritas, tampouco seu veículo foi alvo de prévio monitoramento. Afirmou que os acusados motorizados chegaram praticamente juntos. Não localizou entorpecentes no interior do caminhão. **CELSO** primeiro alegou que ali estava para lavar o carro, depois admitiu informalmente. Não houve gravação da admissão informal, tampouco lavratura de termo respectivo. Não se recordou se antes de colher a confissão informal advertiu **JEFERSON** acerca do direito ao silêncio. Não soube quem transportou os aparelhos celulares para a delegacia e para o Instituto de Criminalística. Não teve acesso aos dados do GPS e rastreador do caminhão.

Em juízo, a testemunha Anderson Silveira relatou que havia uma investigação em curso a qual culminou com a prisão de um indivíduo transportando um carregamento de maconha. No curso da investigação foram cumpridos mandados de busca em alguns endereços e, em dado momento, passou a monitorar o lava-rápido. Durante o monitoramento, apurou que **WALLACY** e **ÍTALO** estavam diariamente no local. Na data dos fatos, viu três veículos chegado e os portões foram fechados. Logo depois, com a chegada de um caminhão, novamente foram abertos e fechados. Suspeitou que se tratava de um carregamento de drogas. Abordou os suspeitos no momento em que o portão foi aberto. **WALLACY** e **ÍTALO** fugiram. Conseguiu abordar os demais. Os veículos **Hyundai/HB20** e **Fiat/Argo** estavam



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

carregados com entorpecentes. O outro veículo pertencia a um indivíduo que informalmente revelou que atuava como “batedor”. **JEFERSON**, motorista do caminhão, admitiu que as drogas foram trazidas do Mato Grosso. Encaminhou os entorpecentes e veículos até a delegacia conforme determinado pela autoridade policial. Contou que, durante o monitoramento, constatou que o lava-rápido ficava aberto o dia todo e chegou a identificar alguns alvos da investigação naquele local. Explicou que, na data dos fatos, o lava-rápido operou normalmente e, durante a tarde, ao longo do expediente, os portões foram fechados com a chegada dos veículos, sendo novamente abertos quando o caminhão chegou, frisando que o veículo de carga já entrou de ré. Em seguida, o portão foi novamente fechado e assim ficou por algum tempo, motivo pelo qual deliberaram pela abordagem. Relatou que os demais veículos chegaram em sequência, praticamente juntos. Afirmou que os quatro acusados detidos no interior do lava-rápido não haviam sido identificados durante as investigações. Em seu entendimento, o lava-rápido funcionava como um local de transbordo dos entorpecentes. Estimou que o caminhão permaneceu um tempo considerável no local antes de sair, entre 30 minutos e uma hora. Disse que os veículos estavam abertos, enfileirados, e que o caminhão sairia primeiro. Explicou que as drogas foram levadas até o distrito policial onde foram pesadas, lacradas e encaminhadas para o Instituto de Criminalista. Não possuía estrutura para lacrá-las no local dos fatos. Os aparelhos celulares também foram lacrados apenas em delegacia. Não se recordou quem transportou os objetos apreendidos, porém explicou que todos foram em comboio. Não lavrou termo acerca da confissão informal, tampouco gravou a admissão. Afirmou que advertiu **JEFERSON** acerca do direito ao silêncio.

Em sede preliminar, **JEFERSON**, **CAIO**, **LUCAS** e **CELSO** exerceram o direito ao silêncio. **WALLACY** e **ITÁLO** não foram interrogados.

Sob o crivo do contraditório, **CELSO** negou os termos da imputação. Afirmou que trabalhava como motorista de aplicativo e, na data em questão, conduzia o **Renault/Kwid**, o qual pertencia à sua esposa. Explicou que levou o referido automóvel para manutenção, passou no Shopping Carapicuíba verificar se tinha outro veículo para alugar, pois pretendia utilizá-lo nas corridas, e depois foi até



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

o lava-rápido com o intuito de lavar o **Renault/Kwid**. Foi recepcionado por duas pessoas na frente do estabelecimento as quais disseram que havia uma espera de 40 minutos a 1 hora e meia. Ficou aguardando pois o preço era atrativo. Entregou a chave para uma pessoa que colocou seu veículo na rampa de lavagem. Quando o portão foi fechado, logo após a chegada do caminhão, questionou os responsáveis que apenas disseram que estava tudo bem. Ficou sentado em uma cadeira, mexendo no celular, até que os policiais ingressaram. Não tentou fugir. Outras pessoas que tentaram se evadir forma abordadas. Não soube explicar o porquê da demora para lavar seu veículo. Não viu o que aconteceu quando o caminhão entrou no local, pois as pessoas ficaram conversando na frente. Não viu drogas no local. Após a abordagem dos demais, viu os policiais abrindo as portas do **Hyundai/HB20** e do **Fiat/Argo** onde havia sacos pretos, não sabendo se de fato eram drogas. Não viu transbordo dos entorpecentes do caminhão para os veículos, pois ficou nos fundos do lava-rápido sem visão dos demais. Esclareceu que foi o primeiro veículo a chegar no estabelecimento e que não havia outros automóveis no local. Depois chegaram outro veículo, depois um segundo e, por fim, o caminhão. Deduziu que a demora no serviço seria porque tratava-se de uma lavagem completa. Não conhecia os demais acusados. Não constituiu a Dra. Luiza Carla em delegacia. Negou ter confessado que atuaria como “batedor”. Negou, ainda, que algum policial tivesse lido seus direitos durante a abordagem.

Por seu turno, **WALLACY** também negou os fatos imputados. Afirmou que era o único responsável pelo lava-rápido, tendo alugado o local onde exercia seu trabalho. Na data dos fatos, estava ajudando um caminhoneiro a estacionar quando um veículo surgiu e os ocupantes disseram “perdeu, perdeu”. Ficou assustado, imaginando que se tratava de um assalto, e correu. Registrou boletim de ocorrência. Ficou com medo de retornar ao local e atentarem contra sua vida, razão pela qual arrumou outro serviço. Não soube o que aconteceu no local após ter fugido. Negou tivesse visto drogas no estabelecimento. Além do interrogando, também estavam no estabelecimento alguns clientes com seus respectivos veículos. Não os conhecia. Disse que os portões estavam abertos, somente os fecha quando está próximo do horário de fechar. Afirmou que **ITÁLO** foi até o lava-rápido dizendo que precisava lavar sua moto e que deixaria na sexta-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

feira, saindo do local antes da chegada da viatura. O primeiro veículo que chegou, salvo engano, era um **Renault/Kwid** prata. Fez as anotações dos automóveis em um caderno, como de praxe. Não ficou conversando com os clientes. Disse que encostou o portão quando os veículos chegaram e tornou a abri-lo quando o caminhão chegou, momento em que foi abordado. Não havia viatura ou pessoa descaracterizada.

CAIO negou a traficância em seu interrogatório judicial. Disse que trabalhava como motorista por aplicativo e, certo dia, **LUCAS** lhe chamou para fazer um frete de uma carga cujo conteúdo desconhecia. Relatou que **LUCAS** recebeu uma ligação telefônica solicitando o frete que deveria ser feito através de dois veículos. Dirigiu-se até o lava-rápido, local combinado, conduzindo o **Hyundai/HB20** e, ali chegando, pessoas pediram que aguardasse no fundo do estabelecimento. Não conhecia essas pessoas e não soube dizer se eram alguns dos acusados. Contou que ficou aguardando, junto com **LUCAS**, por cerca de 40 minutos em um local onde não tinha campo de visão e ressaltou que não viu alguém colocar a carga no interior do **Hyundai/HB20**. Após algum tempo, viu os policiais ingressando no lava-rápido e abordando a todos. Não sabia que eram policiais, pois não estavam caracterizados. Acreditou que fosse um assalto. Ressaltou que não tinha ciência do conteúdo da carga e que, geralmente, ficava sabendo quando receberia a nota fiscal junto com o endereço de destino. Pelo transporte receberia cerca de 250 reais. Negou tivesse colocado os entorpecentes em seu veículo. Não sabia para onde ia, qual o conteúdo da carga, quem receberia a carga ou mesmo o valor exato do frete. Não notou se havia algum outro veículo quando chegou no lava-rápido.

Em juízo, **ÍTALO** negou qualquer envolvimento com os fatos, dizendo que, na data em questão, levou sua motocicleta até uma borracharia por conta de um pneu furado. Como sua moto ficou suja de graxa, subiu a pé até o lava-rápido onde falou com **WALLACE** para agendar uma lavagem. Voltou à borracharia, pegou sua moto e continuou seu dia. Não presenciou a chegada dos policiais, tampouco viu os demais acusados no local.

Por fim, **JEFERSON** e **LUCAS** exerceram o direito ao silêncio.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2.3. Preliminares

2.3.1. Da inadmissibilidade das provas ilícitas e daquelas delas derivadas

A preocupação com os efeitos jurídicos resultantes do emprego de meios ilegais na obtenção de provas, sobretudo quando desrespeitados os direitos fundamentais, não é fenômeno recente. De fato, a controvertida questão, que pode ser sintetizada no dramático embate entre os parâmetros éticos do processo e a concretização do poder punitivo, é produto de uma longa elaboração jurisprudencial que, em alguns ordenamentos, chegou, inclusive, a receber tratamento legislativo.

Como se sabe, coube à Suprema Corte norte-americana a primazia no enfrentamento do tema, o que levou à elaboração das regras de exclusão probatória e à teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree*. Os fundamentos foram claros: o respeito aos direitos fundamentais e o reconhecimento da insuficiência das sanções civis e administrativas aos responsáveis pelos abusos. É o que foi assentado, em nível federal, no célebre caso *Weeks* (1914)¹ estendido, posteriormente, para as justiças estaduais, em *Rochin v. Califórnia* (1952).² Em ambos os casos, entendeu-se que o problema não estava limitado a não confiabilidade do resultado probatório, mas sim à incompatibilidade entre o meio empregado e o resguardo dos parâmetros do justo processo.

No Brasil, muito embora tenha prevalecido por muito tempo a premissa da admissibilidade irrestrita das provas, a questão veio a assumir outro enfoque. Inicialmente por conta da ação do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, com a inserção da proibição do ingresso da prova ilícita no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5º, LVI, CF). De qualquer modo, coube a Pellegrini³ a disseminação – e consequente consagração – no campo doutrinário, da distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas. Segundo a autora, ainda que ambas

¹ 232 U.S. 383, 34 S.Ct., 341, 58 L.Ed. 652 (1914). LAFAVE, Wayne R. e ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992, p. 105. Ver igualmente CANTÓN, Fernando Díaz. Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba. *Nueva Doctrina Penal*, Del Puerto, 1999/A, p. 337 e HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002, p. 38-39.

² 342 U.S. 165, 72 S.Ct. 205, 96 L.Ed. 183 (1952). Ver, para tanto: ROTHSTEIN, Paul F.; RAEDER, Miran S. E CRUMP, David. *Evidence. State and federal rules*. 3.ed., St. Paul: West, 1997, p. 257.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 93-103.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provenham da mesma noção de contrariedade ao direito, a ilícita relaciona-se com a violação de direitos materiais ligados às liberdades públicas, enquanto a prova ilegítima pressupõe a inobservância de normas processuais.

Dessa forma, as provas ilicitamente obtidas jamais poderiam integrar o acervo probatório. Não se trata de desconsideração de sua força probante. Afinal, essas provas são desprezadas antes mesmo da incorporação ao processo, o que leva a questão para o plano da inexistência jurídica.⁴ Já no que se refere à prova ilegítima, a solução passa pelo enfrentamento dos critérios de validade. Afinal, a inadequação entre a forma processual concretizada e aquela abstratamente prevista revela um vício que leva à possibilidade de renovação do ato (art. 573, *caput* do CPP).

A inserção da cláusula da proibição das provas ilícitas no texto constitucional é um claro sinal do apreço ao regime das liberdades individuais e da consagração da supremacia do valor da dignidade humana. A mensagem é, portanto, clara e vigorosa. Qualquer restrição de direitos fundamentais durante a persecução penal deverá observar os parâmetros da legalidade e da proporcionalidade, sob pena de imprestabilidade da prova obtida. Vem daí a indispensabilidade do controle judicial quando algumas medidas importarem restrições aos direitos da personalidade como a privacidade e a intimidade. Nesse contexto, a inadmissibilidade das provas ilícitas atua como uma garantia que assegura, concretiza e direciona o respeito aos direitos fundamentais.

A sanção, inadmissibilidade processual da prova ilícita, constitui mandamento incontornável. Integra o chamado bloco de constitucionalidade não podendo ser sequer alvo de supressão por emenda constitucional. Assim, a inadmissibilidade processual da prova ilícita é imperativa, não podendo dela se afastar o legislador ordinário na regulamentação das normas sobre processo e procedimento, bem como o operador na realização diária da atividade jurisdicional.

É certo que a preocupação com o tema não ficou restrita às provas ilícitas propriamente ditas. Com efeito, uma vez mais coube à jurisprudência norte-americana, a elaboração de uma teoria que resolvesse, igualmente, o problema da

⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contaminação das provas derivadas. É o que se convencionou denominar de teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruit of the poisonous tree*.⁵ A questão é relativamente simples: não se pode aproveitar a prova cuja descoberta tenha sido oriunda daquela originariamente ilícita. Há, portanto, uma relação de contaminação. As provas derivadas, aquelas que decorrem diretamente da prova ilícita, serão igualmente contaminadas, tal como ocorre com os frutos de uma árvore envenenada. Como anota Magalhães: *de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova, se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz*.⁶

É certo que no direito brasileiro já eram encontradas considerações sobre as provas ilícitas por derivação.⁷ Aqui a influência do direito norte-americano foi mais uma vez significativa. De qualquer modo, a contaminação não é absoluta. Nesse ponto, a jurisprudência norte-americana construiu, ao longo dos anos, um intrincado sistema de abrandamento dos efeitos da contaminação.

No direito brasileiro, as questões, que até então permaneciam restritas à esfera constitucional, foram regulamentadas na legislação processual com a edição da Lei 11.690/2008. Em certos aspectos, houve mera reiteração da vedação constitucional (art. 157, *caput*, do CPP). Em outros, o legislador avançou ao trazer

⁵ Caso *Silverthorne Lumber Co. vs. US*, julgado em 1920 pela Suprema Corte dos EUA.

⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

⁷ Conforme decidido pelo STF quando do julgamento do HC 69.912-0/RS com a seguinte ementa: PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFONICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSIVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

disposição expressa quanto à inadmissibilidade das provas derivadas em uma clara adesão à teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, parágrafo primeiro).

De qualquer modo, o legislador revelou nítida preocupação com a amplitude dos efeitos da desconsideração das provas ilícitas. Assim, incorporou, expressamente, a teoria da fonte independente e que também já tinha sido construída pela Suprema Corte norte-americana. A redação, contudo, distanciou-se daquela que seria a ideal (art. 157, parágrafo segundo). Assim, ao conceituar a chamada fonte independente, o legislador trouxe elementos que aproximaram a questão da chamada descoberta inevitável que também foi reconhecida pela jurisprudência norte-americana como situação limitadora dos efeitos contaminatórios das provas ilícitas.

A despeito dos percalços da legislação nacional. A base da fonte independente, repousa na existência de pelo menos duas fontes de revelação da prova: a ilícita e a lícita. Assim, ao reconhecer-se a capacidade da última em revelar a prova, a sua força compensará o efeito contaminatório da prova ilícita, afastando-se, assim, o efeito da inadmissibilidade.

2.3.2. Do direito ao silêncio

2.3.2.1. *Miranda rights*

Como é assente, o direito a não autoincriminação é corolário das garantias da presunção de inocência e da ampla defesa. Consagrado pela Convenção Americana de Direitos Humanos,⁸ o *nemo tenetur se detegere* abarca o direito do investigado ou do acusado de não ser obrigado a colaborar na produção de quaisquer provas ou mesmo de se autoincriminar.

Entre as manifestações do direito a não autoincriminação, ou ao *privilege against self-incrimination* do direito anglo-americano, está o direito ao silêncio que assegura ao imputado o direito não se pronunciar ou mesmo de

⁸ Art. 8.2.g, CADH: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

responder, total ou parcialmente, aos questionamentos que lhe forem feitos.⁹ É uma projeção do direito de defesa, na perspectiva da autodefesa negativa. Para que o exercício do direito seja plenamente assegurado, sobretudo no contexto da investigação criminal onde a restrição de direitos fundamentais é mais sensível, é indispensável que o imputado seja informado do direito, de sua extensão e de seu limite.¹⁰

Não foram outras as razões que levaram a Suprema Corte norte-americana, no paradigmático caso *Miranda vs. Arizona* (384 U.S. 436, 1966)¹¹, a fixar orientações, nas ações policiais, assecuratórias do direito ao silêncio. O caso envolveu a prisão de Ernesto Miranda, indivíduo que era portador de transtornos mentais e sobre quem pairavam suspeitas de envolvimento em abusos sexuais. Uma vez detido, foi conduzido até uma sala nas dependências policiais onde foi interrogado. Durante o interrogatório, realizado sem qualquer advertência ao direito ao silêncio, Ernesto acabou confessando a prática delituosa. Processado foi condenado, amparando-se o júri em sua confissão policial. Após os percursos recursais, a Suprema Corte anulou a condenação.

A Suprema Corte norte-americana fixou o entendimento de que as declarações prestadas em contexto de custódia somente poderiam ser utilizadas como elemento de prova caso os procedimentos tivessem observados os direitos

⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo. (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 192.

¹⁰ GREVI, Vittorio. Considerazioni preliminari sul diritto al silenzio dell'imputato nel 'nuovo' 3° comma dell'art. 78 C.P.P. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 13, n. 4, p. 1119-1181, out./dez., 1970, p. 1120.

¹¹ *Miranda vs. Arizona* (384 U.S. 436, 1966). Disponível em: <<https://www.law.msu.edu/foundations/Foundations%20of%20Law%20Website%20Class%20One%20Reading.pdf>>. Acesso em: 22/03/2021.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fundamentais do preso, dentre os quais o direito ao silêncio.¹² Assim, para além da advertência ao direito ao silêncio, a Suprema Corte determinou o atendimento das seguintes regras: (i) o direito da presença de um advogado constituído ou nomeado e (ii) advertência de que se o imputado optar em se manifestar, seu conteúdo poderá ser utilizado como prova.¹³

2.3.2.2. O direito ao silêncio no sistema brasileiro

O direito ao silêncio, que encontra albergue no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição da República como projeção do direito a não autoincriminação, tem, há tempos, tomado o foco de atenção da jurisprudência nacional. No Supremo Tribunal

¹² "Today, then, there can be no doubt that the Fifth Amendment privilege is available outside of criminal court proceedings and serves to protect persons in all settings in which their freedom of action is curtailed in any significant way from being compelled to incriminate themselves. We have concluded that without proper safeguards the process of in-custody interrogation of persons suspected or accused of crime contains inherently compelling pressures which work to undermine the individual's will to resist and to compel him to speak where he would not otherwise do so freely. In order to combat these pressures and to permit a full opportunity to exercise the privilege against selfincrimination, the accused must be adequately and effectively apprised of his rights and the exercise of those rights must be fully honored. (...)In accord with our decision today, it is impermissible to penalize an individual for exercising his Fifth Amendment privilege when he is under police custodial interrogation. The prosecution may not, therefore, use at trial the fact that he stood mute or claimed his privilege in the face of accusation".

¹³ Nas palavras da Suprema Corte: "The warning of the right to remain silent must be accompanied by the explanation that anything said can and will be used against the individual in court. This warning is needed in order to make him aware not only of the privilege, but also of the consequences of forgoing it. It is only through an awareness of these consequences that there can be any assurance of real understanding and intelligent exercise of the privilege. Moreover, this warning may serve to make the individual more acutely aware that he is faced with a phase of the adversary system-that he is not in the presence of persons acting solely in his interest (...) In order fully to apprise a person interrogated of the extent of his rights under this system then, it is necessary to warn him not only that he has the right to consult with an attorney, but also that if he is indigent a lawyer will be appointed to represent him. Without this additional warning, the admonition of the right to consult with counsel would often be understood as meaning only that he can consult with a lawyer if he has one or has the funds to obtain one." Miranda vs. Arizona (384 U.S. 436, 1966). Disponível em: <<https://www.law.msu.edu/foundations/Foundationsof%20Law%20Website%20Class%20One%20Reading.pdf>>. Acesso em: 22/03/2021.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Federal e no Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, cristalizou-se o entendimento de que nenhuma pessoa, uma vez confrontada com a atividade persecutória estatal, poderá ser compelida a produzir prova contra si mesma. Nesse sentido:

“O direito à não autoincriminação consiste na prerrogativa do investigado ou acusado a negar-se a produzir provas contra si mesmo, e a não ter a negativa interpretada contra si. No caso, interessa o direito ao silêncio, o aspecto mais corrente do direito à não autoincriminação. Por projeção, o direito ao silêncio consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade.”

(STF, ADPF nº 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, J: 14/06/2018, DJe: 22/05/2019)

No mesmo sentido, converge o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE. CONFISSÃO DA AUTORIA DELITIVA DURANTE A INQUIRÇÃO, NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA, EM OUTRO PROCESSO CRIMINAL. EFETIVO PREJUÍZO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. Como é de conhecimento, o direito ao silêncio é um consectário do *nemo tenetur se detegere*, sendo este uma garantia da não autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras.

2. Consequência lógica da aplicação do direito ao silêncio é a exigência que se impõe às autoridades, policiais e judiciais, da advertência ao réu de seu direito de permanecer em silêncio (art. 186, caput, CPP), sob pena de nulidade. Não fosse assim, na prática, o princípio jamais seria observado, como não o foi no famoso e paradigmático precedente da jurisprudência norte-americana, *Miranda vs. Arizona*, em 1966, no qual se anulou a confissão prestada pelo réu, por ausência de informação de seus



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

direitos constitucionais, entre os quais o de permanecer calado. Nesse sentido, STF – HC nº 78.708-1/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.4.1999. Mais que uma exigência ética de observância do Direito, a informação da existência do direito ao silêncio presta-se também a evitar a prática de métodos extorsivos da confissão, que vem a ser a ratio essendi da norma (Curso de processo penal/Eugênio Pacelli. – 22. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 386).

3. "A jurisprudência deste Sodalício é firme no sentido de que a ausência de informação quanto ao direito ao silêncio constitui nulidade relativa, dependendo da comprovação de efetivo prejuízo" (AgRg no HC 549.109/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe de 19/12/2019).

4. Na hipótese, a defesa logrou demonstrar o efetivo prejuízo suportado pelo recorrente, uma vez que, em ofensa ao princípio da não autoincriminação, é réu em uma ação penal cuja denúncia se baseia, principalmente, em confissão por ele feita na condição de testemunha noutro processo criminal, oportunidade na qual, embora formalmente advertido da obrigação de dizer a verdade, a Magistrada que conduziu a oitiva, em vez de adverti-lo sobre o direito de permanecer em silêncio, iniciou verdadeiro interrogatório, pressionando-o a se autoincriminar.

5. "Se o indivíduo é convocado para depor como testemunha em uma investigação e, durante o seu depoimento, acaba confessando um crime, essa confissão não é válida se a autoridade que presidia o ato não o advertiu previamente de que ele não era obrigado a produzir prova contra si mesmo, tendo o direito de permanecer calado" (STF. Segunda Turma. RHC n. 122.279/RJ, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 12/8/2014 - Informativo de Jurisprudência n. 754 do STF).

6. Recurso ordinário em habeas corpus provido, a fim de anular as provas obtidas mediante violação do direito ao silêncio, determinando o seu desentranhamento dos autos de n. 0025326-50.2016.8.26.0050, em curso perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

(STJ, RHC nº 131.030, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, J: 03/11/2020, DJe: 16/11/2020).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA SENTENÇA. DEPOIMENTO TESTEMUNHAL. DIREITO AO SILÊNCIO. AMPLITUDE. ADVERTÊNCIA JUDICIAL. REFLEXOS NA VOLUNTARIEDADE DO DEPOIMENTO. PROVA ILÍCITA. PREJUÍZO AO ACUSADO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. A busca da verdade no processo penal sujeita-se a limitações e regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional, cujo objetivo maior é a descoberta da verdade processual e constitucionalmente válida, a partir da qual se possa ou aplicar uma sanção àquele que se comprovou culpado e responsável pela prática de um delito, ou declarar sua inocência quando as



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

evidências não autorizarem o julgamento favorável à pretensão punitiva.

2. Uma dessas limitações, de feição ética, ao poder-dever de investigar a verdade dos fatos é, precisamente, a impossibilidade de obrigar ou induzir o réu a colaborar com sua própria condenação, por meio de declarações ou fornecimento de provas que contribuam para comprovar a acusação que pesa em seu desfavor. Daí por que a Constituição assegura ao preso o "direito de permanecer calado" (art. 5º, LXIII), cuja leitura meramente literal poderia levar à conclusão de que somente o acusado, e mais ainda o preso, é titular do direito a não produzir prova contra si.

3. Na verdade, qualquer pessoa, ao confrontar-se com o Estado em sua atividade persecutória, deve ter a proteção jurídica contra eventual tentativa de induzir-lhe a produção de prova favorável ao interesse punitivo estatal, especialmente se do silêncio puder decorrer responsabilização penal do próprio depoente.

4. A moldura fática delineada no acórdão impugnado explicita que o Magistrado, antes de iniciar o depoimento do adolescente, advertiu-o, após externado seu desejo de permanecer em silêncio, de que poderia "ser novamente apreendido se não falasse a verdade".

5. A hipótese retrata situação em que o destinatário da advertência foi chamado a depor, como testemunha de acusação, e era o adolescente que acompanhava o paciente quando este foi autuado em flagrante, por estar supostamente transportando expressiva quantidade de maconha dentro do automóvel por ele conduzido.

6. Desde o início da persecução penal, a controvérsia central cingiu-se à definição sobre a propriedade dessa droga, pois nenhum dos dois ocupantes do automóvel - o paciente e o seu carona, o referido adolescente - assumiu a posse da embalagem encontrada no interior do veículo.

7. Assim, e mais ainda por tal circunstância, a advertência da autoridade judiciária feita ao depoente viciou o ato de vontade e direcionou o teor das declarações.

8. É ilícita, portanto, a prova produzida e, por ter sido desfavorável ao réu e ter-lhe causado notório e inquestionável prejuízo, há de ser afastada, com a consequente anulação da sentença condenatória, de modo a que seja refeito o ato decisório, sem que conste, do seu teor e da argumentação judicial, esse depoimento. Isso porque se nota, sem dúvida alguma, que a sentença faz alusão a outras evidências e a provas produzidas em juízo, de sorte a não autorizar-se a acolhida do pedido principal formulado na impetração, de absolvição do paciente. 9. Ordem concedida em parte, a fim de anular o processo a partir, inclusive, da sentença. Deve o juiz desentranhar dos autos o depoimento do adolescente M. S. da C, colhido judicialmente, e proferir nova sentença, com o conjunto das provas restantes.

(STJ, HC 330.559/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, J: 25/9/2018, DJe: 10/10/2018)

Importante salientar que, para além da observância do direito ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

silêncio no âmbito dos interrogatórios formais, ou seja, aqueles prestados perante as autoridades policial e judiciária, em vários precedentes, o Supremo Tribunal Federal, tal como decidido pela Suprema Corte norte-americana no caso *Miranda vs. Arizona*, tem reconhecido que a advertência do direito ao silêncio deve ser realizada também pelos policiais responsáveis pela voz de prisão.

Com efeito, no julgamento do HC nº 80.949/SP, em 30 de outubro de 2001, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que a falta de advertência do direito ao silêncio pelos policiais, quando de conversa informal com um preso, havia sido ilegal qualificando, dessa forma, a prova obtida como ilícita. O caso envolveu situação de preso temporário que foi levado até uma sala nas dependências do distrito policial onde passou a travar uma conversa com os agentes policiais que tomaram a cautela gravá-la. Entendeu-se que a ausência de advertência do direito ao silêncio havia maculado a prova obtida. Nesse sentido:

O interrogatório é a única forma legal de tomada, no inquérito policial, de declarações do indiciado: nele, não há espaço para acolher como declarações do indiciado – e menos ainda para validar eventual confissão nelas contida – o registro, gravado ou não, de “conversa informal” dele com policiais.

A Constituição, no entanto, aditou outra exigência essencial à valoração no processo de declarações do indiciado ou do réu, ao erigir, como garantia fundamental do acusado:

Art. 5º (...) LXIII. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...

*Elevando aí o nemo tenetur se detegere à alçada de garantia fundamental – além da inconstitucionalidade superveniente, consensualmente admitida, da parte final do art. 186, C. Pr. Pen – a Constituição – na linha da construção da jurisprudência americana, a partir dos famosos casos *Escobedo vs. Illinois* (378 U.S. 478 1964) e *Miranda vs. Arizona* (384 U.S. 436 (1969) – impõe ao inquiridor, na polícia ou em juízo, o dever de advertência ao interrogado de seu privilégio contra a auto-incriminação.*

A falta de advertência – e, como é óbvio, da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado, ainda quando observadas as formalidades procedimentais do interrogatório.

Dezoito anos após a prolação do referido julgado, nos autos da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Reclamação nº 33.711, julgada em 11 de junho de 2019, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a nulidade do interrogatório o qual havia sido denominado de “entrevista” pela Polícia Federal. Naquele caso, os agentes policiais, quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão, realizaram várias perguntas ao acusado e cujas respostas foram reduzidas a termo. Mais uma vez, entendeu-se que a providência havia desrespeitado o direito ao silêncio pela omissão nas advertências.

No caso em análise, a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação, estabelecidos nas decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, ocorreu com a realização de interrogatório travestido de “entrevista”, formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo, nos termos da legislação e dos precedentes acima transcritos. Observo, portanto, a violação às decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, na medida em que utilizada técnica de interrogatório forçado proibida a partir do julgamento das referidas ações. Há a evidente tentativa de se contornar a proibição estabelecida pelo STF em favor dos direitos e garantias fundamentais das pessoas investigadas.

(...)

Cumpra lembrar o entendimento firmado no julgamento do caso Miranda v. Arizona, citado nos votos que proferi nas ADPFs 395 e 444. No caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a acusação não poderia se utilizar de declarações obtidas por agentes policiais após a apreensão ou detenção de acusados, sem a demonstração da utilização de procedimentos que evidenciassem a proteção contra a autoincriminação prevista na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

Por fim, em recente acórdão prolatado nos autos do RHC nº 192798 AGR/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado nas sessões virtuais de 12 a 23 de fevereiro de 2021, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que o direito ao silêncio havia sido violado em razão da utilização de confissão informal como elemento de prova. A situação envolveu o contexto de prisão em flagrante quando o suposto agente confessou, informalmente, a prática do delito de associação para o tráfico de drogas. Durante o processo, apurou-se que os policiais responsáveis pela prisão do paciente não haviam observado o comando



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

constitucional assecuratório do direito ao silêncio e a imperatividade, dele decorrente, das necessárias advertências. Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravo da PGR. 3. Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal impõe a o Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito. 4. Inexistência de provas independentes no caso concreto. Nulidade da condenação. 5. Condenação por tráfico de drogas mantida. Absolvição do crime de associação para o tráfico. 6. Agravo improvido.

2.3.2.3. Da análise do caso posto a julgamento

A defesa de **JEFERSON** pugna pelo reconhecimento de nulidade da confissão informal apresentada pelo acusado aos policiais por ocasião de sua prisão em flagrante, aduzindo que não teria sido informado de seu direito de permanecer em silêncio por ocasião de sua abordagem. Afirma que a suposta confissão informal não foi formalizada, desatendendo, assim o precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 2.123.334/MG.

A tese comporta acolhimento.

Pelo que se infere dos autos, após o ingresso no interior do lava-rápido, os policiais civis abordaram os corréus **CELSONO, JEFERSON, LUCAS** e **CAIO** quando tentavam fugir. Em seguida, procederam à busca veicular e localizaram, no interior dos veículos Hyundai/HB20 e Fiat/Argo, aproximadamente 250 tijolos de maconha. Após o encontro da droga, os policiais teriam questionado os abordados a respeito dos fatos, oportunidade em que todos teriam admitido, informalmente, o envolvimento com traficância. Com base nos relatos informais, os policiais teriam descoberto que aquela carga de droga, transportada por **JEFERSON** em seu caminhão, provinha de outro estado da federação.

Muito embora não se duvide da existência das confissões informais, há um quadro de dúvidas razoáveis se elas teriam sido precedidas da indispensável



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

advertência do direito ao silêncio. Os policiais nada relataram sobre essa circunstância em fase preliminar, limitando-se a relatar o teor das confissões informais. Em juízo, muito embora Anderson tenha dito que as confissões foram precedidas da advertência quanto aos direitos constitucionais, Luiz Carlos não corroborou seus relatos, dizendo, simplesmente, que não se recordava de tal circunstância. Cumpre destacar, ademais, que os acusados não confirmaram o teor das confissões informais, negando, inclusive tivessem confessado os fatos quando da abordagem.

A par das dúvidas que recaem sobre a advertência do direito ao silêncio, cumpre destacar que a suposta confissão teria sido prestada apenas informalmente, visto que os réus exerceram o direito ao silêncio em delegacia. E, tratando-se de confissão informal, há precedente firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos Agravo em Recurso Especial nº 2.123.334/MG, o qual afasta a sua admissibilidade como meio de prova no âmbito processual penal. No referido precedente invocado pela parte, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento de que a confissão extrajudicial somente será admissível quando feita *formalmente e de maneira documentada, dentro de um estabelecimento estatal público e oficial*. De acordo com o referido entendimento, caso alguns dos requisitos não sejam atendidos, a prova não será admissível, afetando, inclusive, elementos probatórios que façam referência à confissão extrajudicial. O julgado foi assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. AUTORIA DELITIVA EMBASADA NA CONFISSÃO INFORMAL EXTRAJUDICIAL E EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. DESCABIMENTO. INADMISSIBILIDADE DA CONFISSÃO COLHIDA INFORMALMENTE E FORA DE UM ESTABELECIMENTO ESTATAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, III, DA CR/1988 E 157, 199 E 400, § 1º, DO CPP. INVIABILIDADE, ADEMAIS, DE A CONFISSÃO DEMONSTRAR, POR SI SÓ, QUALQUER ELEMENTO DO CRIME. NECESSIDADE DE CORROBORAÇÃO DA HIPÓTESE ACUSATÓRIA POR OUTRAS PROVAS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 155, 156, 158, 197 E 200 DO CPP. MITIGAÇÃO DO RISCO DE FALSAS CONFISSÕES E CONDENAÇÕES DE INOCENTES. AGRAVO CONHECIDO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE ABSOLVER O RÉU.

1. O acusado foi condenado pela prática do crime de furto simples, tendo como únicos elementos de prova (I) a confissão informal, extraída pelos policiais no momento da prisão, e (II) o reconhecimento fotográfico. O bem furtado não foi encontrado em sua posse, e um vídeo de câmera de segurança que registrava o momento do crime não foi juntado ao inquérito ou ao processo por inércia da polícia, perdendo-se ao final.

2. Diversos estudos independentes, nacionais e internacionais, demonstram que a prática da tortura ainda é comum no Brasil e que o tema nem sempre recebe a devida consideração por parte das autoridades estatais.

3. A confissão extrajudicial é colhida no momento de maior risco de ocorrência da tortura-prova, pois o investigado está inteiramente nas mãos da polícia, sem que exista atualmente nenhum mecanismo de controle efetivo para preveni-la. Conclusões corroboradas, novamente, por uma miríade de estudos, inclusive do CNJ, da ONU e da CIDH.

4. Diante do risco de tortura e da inexistência de meios capazes de desestimulá-la, a admissão da confissão extrajudicial exige que esteja garantida - e não apenas presumida - a licitude do seu modo de obtenção. Para tanto, a confissão extrajudicial somente será admissível no processo penal se feita formalmente e de maneira documentada, dentro de um estabelecimento estatal público e oficial.

Inteligência dos arts. 5º, III, da CR/1988; e 157, 199 e 400, § 1º, do CPP.

5. A confissão não implica necessariamente a condenação do réu ou o proferimento de qualquer decisão em seu desfavor. Afinal, como toda prova, a confissão ainda precisa ser valorada pelo juiz, com critérios que avaliem sua força para provar determinado fato.

6. Apesar de contraintuitivo, o fenômeno das falsas confissões é amplamente documentado na literatura internacional e comprovado por levantamentos estatísticos sólidos. Cito, por todos, dados do Innocence Project (de 375 réus inocentados por exame de DNA de 1989 a 2022, 29% tinham confessado os crimes que lhes foram imputados) e do National Registry of Exonerations (no mesmo período, de 3.060 condenações revertidas, 365 tinham réus confessos) dos EUA.

7. Pessoas inocentes confessam falsamente por diversas razões, desde vulnerabilidades etárias, mentais e socioeconômicas ao uso de técnicas de interrogatório sugestivas, enganadoras e pouco confiáveis por parte da polícia.

8. É essencial que o Ministério Público exerça de maneira efetiva o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CR/1988), fiscalizando com rigor o nível de qualidade das investigações e do trato das fontes de prova.

9. Amparada a condenação do réu unicamente em duas provas inadmissíveis (a confissão extrajudicial informal, não documentada e sem nenhuma garantia da licitude de seu modo de obtenção, bem como no reconhecimento fotográfico viciado), segundo o quadro



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fático estabelecido no acórdão recorrido, a absolvição é necessária.

10. A polícia violou também o art. 6º, II e III, do CPP quando inexplicavelmente deixou de preservar uma cópia do vídeo da câmera de segurança que registrou o momento do furto, mesmo estando a mídia à sua disposição. Em virtude dessa inércia, quando o Ministério Público tentou obter cópia das filmagens meses depois, o vídeo já havia sido perdido. Injustificável perda da chance probatória.

11. Teses fixadas:

11.1: A confissão extrajudicial somente será admissível no processo judicial se feita formalmente e de maneira documentada, dentro de um estabelecimento estatal público e oficial. Tais garantias não podem ser renunciadas pelo interrogado e, se alguma delas não for cumprida, a prova será inadmissível. A inadmissibilidade permanece mesmo que a acusação tente introduzir a confissão extrajudicial no processo por outros meios de prova (como, por exemplo, o testemunho do policial que a colheu).

11.2: A confissão extrajudicial admissível pode servir apenas como meio de obtenção de provas, indicando à polícia ou ao Ministério Público possíveis fontes de provas na investigação, mas não pode embasar a sentença condenatória.

11.3: A confissão judicial, em princípio, é, obviamente, lícita. Todavia, para a condenação, apenas será considerada a confissão que encontre algum sustento nas demais provas, tudo à luz do art. 197 do CPP.

12. A aplicação dessas teses fica restrita aos fatos ocorridos a partir do dia seguinte à publicação deste acórdão no DJe. Modulação temporal necessária para preservar a segurança jurídica (art. 927, § 3º, do CPC).

13. Ainda que sejam eventualmente descumpridos seus requisitos de validade ou admissibilidade, qualquer tipo de confissão (judicial ou extrajudicial, retratada ou não) confere ao réu o direito à atenuante respectiva (art. 65, III, "d", do CP) em caso de condenação, mesmo que o juízo sentenciante não utilize a confissão como um dos fundamentos da sentença. Orientação adotada pela Quinta Turma no julgamento do REsp 1.972.098/SC, de minha relatoria, em 14/6/2022, e seguida nos dois colegiados desde então.

14. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de absolver o réu.

(STJ, AREsp n. 2.123.334/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 20/6/2024, DJe de 2/7/2024.)

Diante de tal quadro, inegável a violação ao direito ao silêncio. De se ressaltar que é irrelevante a ausência de norma processual que estabeleça o dever aos agentes policiais de previamente cientificar a pessoa presa dos termos daquele direito. Isto porque, tal direito está previsto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e no art. 8.2.g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, normas que,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

portanto, possuem eficácia imediata, não dependendo de normas infraconstitucionais para sua regulamentação. O direito ao silêncio, conforme assente na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal, não se restringe à fase processual, nem aos interrogatórios formais, mas deve ser observado por todos os órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos, inclusive aos agentes policiais quando da prisão do suspeito ou do acusado. Nesse sentido, é a lição de Maria Elisabeth Queijo¹⁴:

A rigor, a advertência deve ser formulada quando da prisão do suspeito ou acusado, para que desde logo fique ciente de seus direitos, entre eles o de não se auto-incriminar. Referida advertência deverá ser formulada, mesmo que o suspeito ou acusado não venha a ser, de pronto, indagado sobre os fatos. Desde logo, a advertência evitará a tomada de declarações com violação do nemo tenetur se detegere e preservará sua liberdade de autodeterminação.

Na mesma esteira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, julgado em 22 de novembro de 2005¹⁵, reconheceu a violação ao direito ao silêncio. Isso porque, ao longo de dois processos instaurados Iribarne havia comparecido às dependências do Ministério Público onde prestou declarações que não haviam sido precedidas do direito ao silêncio. Nesse sentido:

Además, la Corte debe resaltar que durante los dos procesos penales militares el señor Palamara Iribarne rindió declaración ante el Fiscal en diversas ocasiones. En relación con dichas declaraciones la Corte realiza dos observaciones. Por un lado, en ninguna de ellas el señor Palamara Iribarne declaró ante un juez o tribunal competente, imparcial e independiente, lo que vulnera el artículo 8.1 de la Convención. Por otra parte, en las diferentes citaciones a declarar emitidas por el Fiscal no se indicó el motivo para solicitar su comparecencia ni el tema sobre el que versaría dicha declaración,

¹⁴ QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 207.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Palamara vs. Chile*. Julgado em 22/11/2005. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>> Acesso em: 17/03/2021.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

así como tampoco se le realizaron las provisiones sobre su derecho a no declarar contra sí mismo. Por la propia estructura del proceso penal militar y la consiguiente falta de imparcialidad el Fiscal Naval no puede ser asimilado al juez que garantiza el derecho a ser oído. Por ello, el Estado violó el artículo 8.1 y 8.2.g) de la Convención, en perjuicio del señor Palamara Iribarne.

Por derradeiro, tratando-se de prova ilícita, a consequência é a sua imprestabilidade para fins processuais. Esta foi a formatação adotada pelo legislador constituinte ao proclamar a proibição das provas ilícitas. Mais do que isto, a inserção da cláusula da inadmissibilidade das provas ilícitas é uma vigorosa mensagem do apreço pelo regime das liberdades individuais. O que se proíbe é a concretização ilícita do poder-dever punitivo na busca por provas reveladoras da responsabilidade penal de alguém. O mandamento é, enfim, imperativo dele não podendo se afastar o operador do direito na realização diária de sua atividade jurisdicional.

2.3.2.4. Das exceções à prova ilícita por derivação

Como exposto, o legislador revelou nítida preocupação com a amplitude dos efeitos da desconsideração das provas ilícitas, razão pela qual incorporou a teoria da fonte independente – *independent source*, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Silverhorne Lumber Co v. United States* (251 U.S. 385 1920), na redação dada ao artigo 157 do Código de Processo Penal. É fato que redação provocou – e ainda provoca – debates. Em que pese a referência à fonte independente a fórmula normativa traz elementos da teoria da descoberta inevitável, igualmente lapidada pela jurisprudência norte-americana, no paradigmático caso *Wong Sun vs. United States* (371 U.S. 471 1963).

De se ressaltar que a despeito dos percalços da legislação nacional, a base da fonte independente, repousa na existência de pelo menos duas fontes de revelação da prova: a ilícita e a lícita. Assim, ao reconhecer-se a capacidade da última em revelar a prova, a sua força compensará o efeito contaminatório da prova ilícita, afastando-se, assim, o efeito da inadmissibilidade. Por sua vez, a descoberta inevitável afasta o reconhecimento da ilicitude por derivação quando verificado que a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prova seria obtida invariavelmente, como resultado inevitável da atividade investigativa válida e lícita, afastando-se, assim, os efeitos decorrentes da contaminação. Em suma, a prova ilícita que oportunizou a descoberta de outra prova não terá a aptidão em contaminá-la caso reste demonstrado, a partir de elementos concretos, que esta seria fatalmente obtida.

No caso em apreço, todos os objetos apreendidos resultam de fonte independente preexistente que não foi afetada pela prova ilícita posterior – confissão informal. Os tijolos de maconha foram apreendidos durante a busca veicular. Já os celulares e o numerário foram apreendidos na posse direta dos acusados durante os procedimentos regulares de busca pessoal. Por fim, houve a apreensão dos automóveis e do caminhão que foram encontrados estacionados no lava-rápido. Cuidam-se, dessa forma, de prova legal e válida obtidas por fonte independente.

Assim, o reconhecimento da ilicitude decorrente da violação do direito ao silêncio leva, **tão somente**, à desconsideração da parte dos relatos policiais em que há alusão à confissão informal. Não há a contaminação de todo o depoimento. Sequer a apreensão das drogas e dos demais instrumentos é atingida pela ilicitude. Também não são afetados os relatos apresentados pelos acusados em juízo, visto que foram advertidos do direito a não autoincriminação, assim como em fase preliminar.

2.3.3. Da cadeia de custódia

As defesas de **LUCAS** e **CELSO**, por seu turno, invocam a quebra da cadeia de custódia. Sustentam, em suma, que os entorpecentes e demais objetos apreendidos somente foram lacrados em delegacia, inexistindo observância às formalidades previstas pelo art. 158 e seguintes do CPP, tais como o isolamento do local de encontro das drogas, código de rastreamento, protocolo de recebimento das drogas ou identificação de quem as recebeu, o que comprometeria a fidedignidade do material apresentado. Ainda chamam a atenção para o fato de que os entorpecentes foram transportados pelos próprios policiais sem o devido acondicionamento. Postulam pelo reconhecimento de nulidade da prova, determinando-se o seu desentranhamento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O pleito não prospera.

Como é assente, dentre as inovações trazidas pela Lei 13.964/2019 há a inclusão dos art. 158-A a 158-F no Código de Processo Penal estabelecendo disciplina normativa acerca da chamada cadeia de custódia que, nos termos da própria definição legal, trata-se do “conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”. Embora a novel legislação tenha estabelecido um procedimento extremamente detalhado acerca de todas as etapas que integram a cadeia de custódia da prova, não restou disciplinado quais os elementos configuradores da chamada quebra da cadeia de custódia, vale dizer, quando se verifica irregularidade nos procedimentos adotados a ponto de tornar-se a prova não confiável, tampouco foram previstas as consequências jurídicas advindas.

Enfrentando a questão de modo inaugural, o Superior Tribunal de Justiça, através de sua 6ª Turma, estabeleceu o entendimento de que as irregularidades na cadeia de custódia não servem ser analisadas isoladamente, mas sim em conjunto com os demais elementos produzidos ao longo da instrução, cabendo ao magistrado analisar o caso concreto e aferir se a prova é confiável. O precedente foi assim ementado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. AUSÊNCIA DE LACRE. FRAGILIDADE DO MATERIAL PROBATÓRIO RESIDUAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. HIGIDEZ DA CONDENAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. (...)

2. Segundo o disposto no art. 158-A do CPP, "Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte".

3. A autenticação de uma prova é um dos métodos que assegura ser o item apresentado aquilo que se afirma ele ser, denominado pela doutrina de princípio da mesmidade.

4. De forma bastante sintética, pode-se afirmar que o art. 158-B



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do CPP detalha as diversas etapas de rastreamento do vestígio: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. O art. 158-C, por sua vez, estabelece o perito oficial como sujeito preferencial a realizar a coleta dos vestígios, bem como o lugar para onde devem ser encaminhados (central de custódia). Já o art. 158-D disciplina como os vestígios devem ser acondicionados, com a previsão de que todos os recipientes devem ser selados com lacres, com numeração individualizada, "de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio".

5. Se é certo que, por um lado, o legislador trouxe, nos arts. 158-A a 158-F do CPP, determinações extremamente detalhadas de como se deve preservar a cadeia de custódia da prova, também é certo que, por outro, quedou-se silente em relação aos critérios objetivos para definir quando ocorre a quebra da cadeia de custódia e quais as consequências jurídicas, para o processo penal, dessa quebra ou do descumprimento de um desses dispositivos legais. No âmbito da doutrina, as soluções apresentadas são as mais diversas.

6. Na hipótese dos autos, pelos depoimentos prestados pelos agentes estatais em juízo, não é possível identificar, com precisão, se as substâncias apreendidas realmente estavam com o paciente já desde o início e, no momento da chegada dos policiais, elas foram por ele dispensadas no chão, ou se as sacolas com as substâncias simplesmente estavam próximas a ele e poderiam eventualmente pertencer a outro traficante que estava no local dos fatos.

7. 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. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido.

8. O fato de a substância haver chegado para perícia em um saco de supermercado, fechado por nó e desprovido de lacre, fragiliza, na verdade, a própria pretensão acusatória, porquanto não permite identificar, com precisão, se a substância apreendida no local dos fatos foi a mesma apresentada para fins de realização de exame pericial e, por conseguinte, a mesma usada pelo Juiz sentenciante para lastrear o seu decreto condenatório. Não se garantiu a inviolabilidade e a idoneidade dos vestígios coletados (art. 158-D, § 1º, do CPP). A integralidade do lacre não é uma medida meramente protocolar; é, antes, a segurança de que o material não foi manipulado, adulterado ou substituído, tanto que somente o perito poderá realizar seu rompimento para análise, ou outra pessoa autorizada, quando houver motivos (art. 158-D, § 3º, do CPP).

9. Não se agiu de forma criteriosa com o recolhimento dos elementos probatórios e com sua preservação; a cadeia de custódia do vestígio não foi implementada, o elo de acondicionamento foi rompido e a garantia de integridade e de autenticidade da prova foi, de certa forma, prejudicada. Mais do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que isso, sopesados todos os elementos produzidos ao longo da instrução criminal, verifica-se a debilidade ou a fragilidade do material probatório residual, porque, além de o réu haver afirmado em juízo que nem sequer tinha conhecimento da substância entorpecente encontrada, ambos os policiais militares, ouvidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não foram uníssonos e claros o bastante em afirmar se a droga apreendida realmente estava em poder do paciente ou se a ele pertencia.

10. Conforme deflui da sentença condenatória, não houve outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de tráfico de drogas que foi imputado ao acusado. Não é por demais lembrar que a atividade probatória deve ser de qualidade tal a espancar quaisquer dúvidas sobre a existência do crime e a autoria responsável, o que não ocorreu no caso dos autos. Deveria a acusação, diante do descumprimento do disposto no art. 158-D, § 3º, do CPP, haver suprido as irregularidades por meio de outros elementos probatórios, de maneira que, ao não o fazer, não há como subsistir a condenação do paciente no tocante ao delito descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

11. Em um modelo processual em que sobrelevam princípios e garantias voltadas à proteção do indivíduo contra eventuais abusos estatais que interfiram em sua liberdade, dúvidas relevantes não de merecer solução favorável ao réu (favor rei).

12. Não foi a simples inobservância do procedimento previsto no art. 158-D, § 1º, do CPP que induz a concluir pela absolvição do réu em relação ao crime de tráfico de drogas; foi a ausência de outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do delito a ele imputado. A questão relativa à quebra da cadeia de custódia da prova merece tratamento acurado, conforme o caso analisado em concreto, de maneira que, a depender das peculiaridades da hipótese analisada, pode haver diferentes desfechos processuais para os casos de descumprimento do assentado no referido dispositivo legal. (...)

15. Ordem concedida, a fim de absolver o paciente em relação à prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, objeto do Processo n. 0219295-36.2020.8.19.0001. Ainda, fica assegurado ao réu o direito de aguardar no regime aberto o julgamento do recurso de apelação.

(STJ, HC 653.515/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe 01/02/2022)

No caso em apreço, as drogas foram coletadas pelos policiais civis por ocasião da prisão em flagrante dos acusados e encaminhadas para a delegacia onde a autoridade policial determinou a sua apreensão e cuja formalização é ilustrada pelo auto de exibição e apreensão juntado aos autos (fls. 28/30). Naquele auto há descrição pormenorizada das substâncias, com a indicação da respectiva natureza e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

forma de acondicionamento. Totalizaram 256 tijolos contendo “*substâncias esverdeadas com odor característico de maconha*”. Posteriormente, foi elaborada requisição dirigida ao Instituto de Criminalística com a finalidade de realizar perícia sobre as substâncias apreendidas. Na referida requisição consta, expressamente, a numeração dos lacres, quais sejam: nº **0016101, 0016105, 0016106, 0016107, 0016108, 0016109, 0016110, 0016111, 0016112, 0016113, 0016114, 0016115, 0016116, 0016117, 0016118, 0016119 e 0016120**. As descrições quanto à quantidade e às características das substâncias a serem examinadas são idênticas àquelas constantes no auto de apreensão (fls. 41).

Em seguida, foi elaborado o laudo pericial 273049/2024 – laudo de constatação – no qual há **expressa menção aos lacres acima referidos**, bem como aos nomes dos quatro acusados presos em flagrante (fls. 42/44). Posteriormente, foi elaborado o laudo de exame químico-toxicológico de nº 282767/2024, o qual foi firmado por perito oficial do Instituto de Criminalística (fls. 241/243). O laudo definitivo faz referência expressa ao laudo de constatação de nº 273049/2024, além de ter confirmado a presença de maconha.

O fato de os vestígios terem sido coletados e transportados pelos policiais, ao invés de peritos, por si só, não induz à conclusão da quebra de cadeia de custódia, até mesmo porque o art. 158-C do CPP estabelece que a fase de coleta deverá ser realizada, **preferencialmente**, por perito oficial e não exclusivamente por aquele profissional. No caso em apreço, dada a natureza dos vestígios, não se mostra necessário que a coleta ou mesmo o transporte das substâncias para a delegacia sejam feitos apenas por peritos. Afinal, as substâncias já se encontravam acondicionadas sob a forma de tijolos, não havendo qualquer indício de tenham sido acidentalmente contaminadas durante o transporte efetuado pelos policiais. Aliás, dado o pequeno efetivo de policiais envolvidos na ocorrência e a grande quantidade de drogas e abordados, não se mostraria viável que os policiais civis aguardassem a chegada de perito para que se procedesse o transporte das substâncias até a delegacia. Afinal, nenhum exame seria ali realizado. Ademais, como bem destacado pelas testemunhas, inexistia estrutura que permitisse a lacração dos mais de 250 tijolos de maconha e dos celulares naquele local, sendo que a permanência dos agentes de segurança, em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

efetivo reduzido, exporia a equipe a riscos.

As afirmações defensivas de que poderia ter ocorrido algum erro, troca ou desvio durante o transporte das substâncias são absolutamente genéricas e dotadas de forte caráter especulativo, posto que não indicam, com precisão, qual o indício de adulteração da prova. E, conforme destacado, há segurança de que as substâncias identificadas no local dos fatos, cujas imagens foram juntadas às fls. 449/451, são as mesmas apreendidas em delegacia que, por ventura, foram aquelas submetidas à exame pericial.

Não houve, portanto, violação da cadeia de custódia. Foram atendidas as formalidades necessárias à preservação dos vestígios desde o encontro das substâncias até a realização dos exames periciais, inexistindo, dessa forma, elementos de adulteração da prova que pudessem comprometer a demonstração da materialidade delitiva.

3. Mérito

3.1. Dos fatos provados

A condenação foi correta.

A materialidade delitiva foi comprovada pela apreensão e perícia das substâncias entorpecentes, havendo o registro do encontro de 279,6 kg de maconha fracionada em 256 tijolos (fls. 28/30, 42/44 e 241/243). Há, ainda, o registro da apreensão dos veículos **Hyundai/HB20**, **Fiat/Argo** e **Renault/Kwid**, bem como de um caminhão (fls. 28/30 e 226/240).

A autoria também foi demonstrada.

As testemunhas policiais forneceram relatos uníssomos, seguros e bem detalhados nas diferentes oportunidades em que foram ouvidas ao longo da instrução. Esclareceram, em suma, que no curso de investigação relacionada ao tráfico de entorpecentes obtiveram informações de que um lava-rápido servia como entreposto para a distribuição de entorpecentes. Diante das notícias, deliberaram por monitorar o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

referido estabelecimento, diligência essa que se estendeu ao longo de dias. Durante o período de monitoramento, apuraram que os corréus **WALLACY** e **ÍTALO** seriam os responsáveis por aquele ponto comercial. Na data dos fatos, ao longo da campana, visualizaram quando os veículos **Hyundai/HB20**, **Fiat/Argo** e **Renault/Kwid** se dirigiram até aquele lava-rápido. Um fato lhes chamou a atenção. A medida em que os veículos ingressavam no estabelecimento, **ÍTALO** e **WALLACY** fechavam o portão que guarnecia o local. As suspeitas se intensificaram com a chegada de um veículo de carga. Assim que o caminhão adentrou o local, os policiais deliberaram por abordar os suspeitos tão logo o portão fosse novamente aberto, o que de fato ocorreu após algum tempo. **ÍTALO** e **WALLACY** conseguiram fugir a pé. Os demais suspeitos tentaram fugir pelos fundos do lava-rápido, porém foram abordados. Antes, **CAIO** quebrou seu aparelho celular. Após a detenção de **JEFERSON**, **CAIO**, **LUCAS** e **CELSO**, os policiais examinaram os automóveis e constataram que, no interior do **Hyundai/HB20** e do **Fiat/Argo**, havia dezenas de tijolos de maconha.

Não há razões para desconsiderar a prova oral. A condição de policial, por si só, não é suficiente para o afastamento do seu valor probatório. Afinal, o modelo processual não se filiou ao modelo da prova tarifada segundo o qual os meios de prova registram valores pré-fixados. Ao contrário, a legislação filiou-se ao princípio do livre convencimento racional. Assim, cabe ao julgador avaliar, com liberdade, as provas, confrontando-as com o quadro formado.

No caso em apreço, nada há nos autos a indicar desvio funcional que comprometesse a idoneidade da testemunha. As narrativas apresentadas são bem coerentes e detalhadas. Assim, a prova fornecida pelo policial é apta para a formação da convicção a respeito do crime imputado pela acusação. Trata-se, inclusive, de questão já superada na jurisprudência:

O depoimento de policiais pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório. Precedentes do STF e desta Corte.
(STJ - REsp. 751.760/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 18.10.2005.DJ 14.11.2005, p. 400).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE ARMA. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. INEXISTÊNCIA. **VALIDADE PROBATÓRIA DO DEPOIMENTO DE POLICIAIS CONFIRMADOS EM JUÍZO. PRECEDENTE.** (...) **1. Conforme entendimento desta Corte, são válidos e revestidos de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos com a ação investigativa, mormente quando em harmonia com as demais provas e confirmados em juízo, sob a garantia do contraditório** (STJ - AgRg no AREsp 366.258/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 27/03/2014).

Os relatos das testemunhas policiais não estão isolados e foram corroborados pelo relatório de investigação acostado aos autos. Nele constam os detalhes das diligências efetuadas que culminaram com a detenção dos acusados na data dos fatos. O relatório é, inclusive, instruído com fotografias que demonstram os corréus **WALLACY** e **ÍTALO** recepcionando o condutor do **Renault/Kwid** em frente ao portão do lava-rápido, o local em que os entorpecentes foram apreendidos, bem como a posição em que os veículos foram encontrados. É o que se depreende dos seguintes excertos (fls. 445/452):

[...] No curso das investigações, identificamos um estabelecimento comercial, “Lava Rápido”, situado da Rua Novo Horizonte, nº 24, Jardim Ana Estela, Carapicuíba/SP, CEP 06333-465, local utilizado pela quadrilha como entreposto e armazenamento de drogas para posterior distribuição.

Durante os trabalhos investigativos identificamos dois indivíduos que seriam os responsáveis por tal estabelecimento comercial, quais sejam, WALLACY JORDAN SILVA TORRES e ÍTALO DE SOUZA SILVA.

Ocorre que no dia **21 de agosto de 2024**, estávamos posicionados realizando observação velada à distância, ocasião em que **avistamos três veículos aleatórios, quais seja, um Hyundai/HB20, cor prata, placas FPY-1645, um Fiat/Argo, cor branca, placas STY-5E97 e um Renault/Kwid, cor prata, placas CUP-2E86, cada qual com um motorista específico, onde após a entrada destes os portões do “Lava Rápido” foi fechado por WALLACY JORDAN SILVA TORRES e ÍTALO DE SOUZA SILVA.** Passados alguns minutos os portões foram abertos novamente momento em que chegou um **caminhão de grande porte, tratando-se de um VW/13.180 CNM,**



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cor branca, placas EYJ-2J11, instante em que os indivíduos fecham os portões novamente, permanecendo desta forma por algum tempo, o que nos levou a acreditar que o referido caminhão teria trazido drogas para descarregar no local e que os veículos que ali adentraram antes seriam usados para o transporte fracionado do entorpecente.

[...] Desta forma, após campana velada no entorno do local, decidimos realizar a abordagem, sendo certo que **cerca de uma hora depois os portões foram abertos por WALLACE e ITALO** e estes, assim que perceberam nossa chegada, empreenderam fuga à pé, correndo para sentidos opostos, sendo certo que os demais indivíduos que haviam adentrado no local com os veículos também tentaram fuga pelos fundos do terreno do lava rápido, porém foram detidos, ocasião em que um dos indivíduos (CAIO) dolosamente quebrou um aparelho telefônico que estava em suas mãos, de modo a impedir que pudéssemos vir a obter novos elementos indiciários sobre o esquema criminoso.

[...] Após a abordagem passamos a realizar revista no local ocasião em que encontramos dentro do Hyundai Hb20, placas FPY-1645 que era dirigido pelo indivíduo então qualificado, CAIO ACIOLY BRABALHÃO, 133 tijolos de maconha. No veículo Fiat/Argo, placas SYT-5E97, que chegou sendo conduzido por LUCAS REIS DE ARAÚJO, encontramos outros 123 tijolos da mesma substância. [...]

Lado outro, há as múltiplas versões fornecidas pelos acusados. CELSO quis fazer crer que apenas estava no lava-rápido aguardando a limpeza de seu veículo. CAIO, por seu turno, afirmou que teria sido contrato a fim de transportar uma carga cujo conteúdo ignorava, desconhecendo, ainda, o suposto destino e o contratante. WALLACY, por sua vez, disse que apenas estava cuidando de seu estabelecimento comercial e que fugiu dos policiais à paisana por acreditar que se tratava de um assalto. Já ÍTALO alegou que apenas se dirigiu ao local dos fatos para agendar a lavagem de sua moto. Por fim, LUCAS e JEFERSON invocaram o direito ao silêncio.

De fato, as justificativas apresentadas não se sustentam. As explicações de CELSO e CAIO, no sentido de que não teriam presenciado o transbordo das substâncias entorpecentes para o interior dos veículos, são absolutamente fantasiosas. Não se mostra minimamente crível que os acusados tenham permanecido no interior daquele lava-rápido por cerca de 40 minutos e não



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tenham percebido o transbordo de mais de 250 tijolos de maconha.

Aliás, a explicação dada por **CELSO** de que teria permanecido aguardando a lavagem de seu veículo não prospera. Ora, o acusado alegou que, quando chegou, não havia outros automóveis do lava-rápido. Ali permaneceu por cerca de 40 minutos, período no qual, segundo consta, seu veículo não foi limpo, conforme esclarecido pelos policiais. As imagens acostadas no relatório de investigação também não mostram o **Renault/Kwid** sobre alguma rampa de lavagem, conforme alegado pelo réu.

Em idêntico sentido, a versão dada por **CAIO** sobre as circunstâncias do frete contratado é absolutamente ingênua. Quis fazer crer que aceitou o convite para transportar carga não especificada, de pessoa desconhecida e sem conhecimento do destino. Ainda assim, teria concordado em efetuar o transporte pelo montante de 250 reais. Ora, se sequer sabia o local para onde deveria transportar a carga, como poderia aceitar, de antemão, o valor do frete ofertado? De se destacar que **CAIO** afirmou trabalhar como motorista por aplicativo há 8 anos. Conclui-se, portanto, que é um motorista experiente e não ingênuo como quis fazer crer.

De igual forma, a versão dada por **ÍTALO** não se sustenta. Embora tenha alega que permaneceu no local por poucos minutos, o suficiente para combinar com **WALLACY** a lavagem de sua moto, os relatos dos policiais civis vão em outro sentido. Disseram que **ÍTALO** sempre foi visto ao longo dos dias de monitoramento na companhia de **WALLACY** naquele local, contrastando com a versão ofertada pelo acusado. Ademais, os relatos das testemunhas são precisos ao detalharem que **ÍTALO** exerceu postura ativa na recepção dos veículos dos corrêus, auxiliando **WALLACY** a fechar os portões à medida em que os corrêus chegavam, tendo permanecido no local desde o início do monitoramento até os instantes que precederam a abordagem. Seus relatos não estão isolados e são amparados pela prova documental. Afinal, as imagens acostadas ao relatório de investigação bem demonstram **ÍTALO** recepcionado o condutor do Renault/Kwid (fls. 446).

Por fim, a versão dada por **WALLACY** restou igualmente fragilizada. De início, anota-se que a narrativa sustentada pelo acusado se encontra com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dissonância com os relatos de **CAIO**. Enquanto, **WALLACY** disse que todos os corréus estavam no lava-rápido para lavarem seus veículos, **CAIO** afirmou que tanto ele como **LUCAS** aguardavam a chegada de terceiros para a realização de um frete.

No mais, a afirmação de que teria fugido por pensar que estava sendo assaltado mostra-se fantasiosa. Aliás, se de fato pensava que seu estabelecimento estava sendo alvo de um crime, por qual motivo não teria acionada a polícia logo após sair do local? Não foi essa a atitude tomada. Em realidade, **WALLACY** limitou-se a registrar um boletim de ocorrência através da delegacia eletrônica apenas cinco dias após os fatos (fls. 1593/1594). Tratou-se, em realidade, da tentativa de criar um subterfugio a fim de justificar sua fuga.

De mais a mais, conforme bem destacado pela autoridade judiciária, os relatos ofertados pelos policiais indicam que, desde a chegada dos veículos e do caminhão, todos os acusados permaneceram do lado de dentro do lava-rápido, com os portões fechados, por cerca de uma hora. **WALLACY** admitiu que era o responsável pelo lava-rápido e, ao que tudo indica, não havia outros funcionários no local. Nesse sentido, é absolutamente inverossímil as alegações de que não teria presenciado o transbordo de tão expressiva carga de entorpecentes.

Diante desse cenário, conclui-se que os acusados estavam objetiva e subjetivamente vinculados com a finalidade de distribuir expressiva quantidade de entorpecentes. Para tanto, transportaram a droga no caminhão de **JEFERSON** até o lava-rápido de **WALLACY** e **ÍTALO** onde efetuaram o transbordo para o Hyundai/HB20 e Fiat/Argo, respectivamente de **CAIO** e **LUCAS**. A certeza de que as drogas estavam no caminhão de **JEFERSON** se infere a partir da própria dinâmica da abordagem. Primeiro chegaram os veículos menores e, em seguida, o caminhão ingressou no lava-rápido, de marcha ré, obstruindo a passagem pelo portão. Com a chegada do veículo, os acusados passaram cerca de uma hora com os portões fechados, tempo suficiente para realizar o transbordo da grande quantidade de tijolos para os automóveis. E, considerando a dimensão da carga, é certo que foi transporta em um veículo de grande porte como o caminhão. Aliás, a abordagem foi realizada quando **JEFERSON** se preparava para sair sem a carga de drogas, evidenciando que seu papel na empreitada consistiu em levar os entorpecentes até



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aquele ponto de distribuição.

De mais a mais, as notas fiscais expedidas pela empresa *Petroplus Sul Comércio Exterior Ltda.* revelam que a carga transportada por **JEFERSON** desde a cidade de Campo Grande/MS tinha como destino a empresa *Igles Indústria e Comércio* situada no município de Guarulhos/SP (fls. 25/28 – autos 0001368-33.2024.8.26.0542). O réu, por sua vez, foi detido na cidade de Carapicuíba/SP, em poder da carga transportada, não tendo fornecido qualquer justificativa para o fato de estar em cidade diversa de seu destino. Tal circunstância, note-se, é fato que corrobora a tese acusatória que atribuiu ao acusado a responsabilidade pelo transporte das substâncias no caminhão. Afinal, não havia qualquer razão plausível para que ali estivesse em poder da carga que deveria ser entregue, frisa-se, em Guarulhos, não na cidade de Carapicuíba onde foi detido.

Aliás, considerando a exorbitante quantidade de entorpecentes, quase 280 kg, é evidente que seu transporte foi realizado em um veículo de grande porte, tal qual o caminhão. E, considerando que a carga transportada era de containers plásticos, plenamente factível que **JEFERSON** tenha ocultado os tijolos em meio aos recipientes que transportava. O lapso temporal de aproximadamente uma hora desde o momento em que o caminhão ingressou no lava-rápido até o ingresso dos policiais foi suficiente para que os seis acusados efetuassem o transbordo dos tijolos de maconha do caminhão para os demais veículos.

No que se refere a **CELSO**, muito embora nenhum entorpecente tenha sido encontrado em seu automóvel, seu envolvimento também é certo. Como já destacado, o réu foi o primeiro a chegar no lavar-rápido, praticamente junto com os corréus **CAIO** e **LUCAS**, e ali permaneceu a todo o momento. A dinâmica dos fatos permite concluir que **CELSO** tinha ciência quanto à presença dos entorpecentes naquele local e que também estava vinculado aos demais com vistas a auxiliá-los na rede de distribuição. Aliás, considerando o montante da droga – mais de 250 tijolos – é evidente que o transbordo não foi realizado por uma ou duas pessoas durante aquele espaço de tempo. Certamente tratou-se de trabalho em conjunto, realizado por todos os acusados que, conforme acima exposto, estavam subjetivamente vinculados para a realização do tráfico de drogas. A autoria atribuída a todos os réus é



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

incontroversa.

Dessa forma, valoradas as provas produzidas sob o crivo do contraditório, verifica-se que são idôneas, coesas e harmônicas, de modo que são suficientes para fundamentar o édito condenatório.

A condenação foi correta.

3.2. Da qualificação jurídica dos fatos

Correta a tipificação dada em sentença. A exorbitante quantidade de entorpecentes não deixa quaisquer dúvidas acerca da destinação comercial das substâncias. Os fatos amoldam-se ao delito previsto pelo art. 33 da Lei de Drogas.

A causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei de Drogas deve ser afastada. É bem verdade que a incidência da majorante prescinde da efetiva transposição de fronteiras, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual, conforme a Súmula 587 do Superior Tribunal de Justiça¹⁶. Todavia, no caso em apreço, há fundadas dúvidas quanto à efetiva intenção de realizar a traficância interestadual.

A autoridade judiciária fundamentou o reconhecimento da majorante na confissão informal relatada pelos policiais aliada aos documentos acostados aos autos que comprovam que **JEFERSON**, na data dos fatos, transportava uma carga de contêiners plásticos expedida da empresa *Petroplus Sul Com. Exterior Ltda.* a qual tinha sede na cidade de Campo Grande/MS.

Ocorre que, conforme acima destacado, a confissão informal foi afastada, de modo que não poderá ser valorada em desfavor dos acusados. Por outro lado, não restou demonstrado o preciso local onde **JEFERSON** recebeu os entorpecentes.

Os documentos que instruíram o pedido de restituição do caminhão

¹⁶ **Súmula 587/STJ**: Para a incidência da majorante prevista no artigo 40, V, da Lei 11.343/06, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

revelam que **JEFERSON** recebeu a carga de mercadorias no dia **20 de agosto de 2024** no Estado do Mato Grosso do Sul (fl. 28 – autos 0001368-33.2024.8.26.0542). Seu destino era a cidade de Guarulhos/SP, porém acabou sendo preso, no dia **21 de agosto** seguinte, em Carapicuíba. Não há elementos que permitam afirmar, com razoável grau de segurança, o preciso local em que o **JEFERSON** recebeu as drogas. Poderia, ao longo daqueles dois dias, tê-las recebido ainda em solo sul matogrossense. Por outro lado, considerando que o trajeto entre Campo Grande/MS e Carapicuíba passa pelo interior do Estado de São Paulo, plenamente possível que o réu somente tenha a transportado em solo paulista. Inexistindo elementos que infirmem uma ou outra possibilidade, o impasse é resolvido em favor do acusado.

Cumprir destacar, por fim, que o simples fato de carga transportada ser proveniente de outro estado não gera a presunção de que as drogas também provinham daquela região. Assim, havendo fundadas dúvidas quanto à incidência da majorante, cabível o seu afastamento, em homenagem ao *in dubio pro reo*.

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

3.3. Da individualização das penas

3.3.1. Apelante JEFERSON

Na primeira etapa da dosimetria, a quantidade dos entorpecentes apreendidos fundamentou a exasperação da pena-base em 2/3, obtendo-se a reprimenda de 8 anos e 4 meses de reclusão e o pagamento de 833 dias-multa.

O aumento da pena-base em razão da quantidade da droga obedeceu às diretrizes traçadas na Lei de Drogas que elegeu aquela circunstância como preponderante na dosimetria da pena (art. 42 da Lei de Drogas). A quantidade de fato era exorbitante, consistindo em 256 tijolos de maconha, totalizando aproximadamente 270 kg da droga. O aumento no patamar operado, dada a absurda quantidade transportada, bem justificou a imposição de patamar elevado de aumento, não comportando reparos.

Não foram reconhecidas circunstâncias agravantes ou atenuantes.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Na terceira fase, o afastamento da causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei de Drogas importa na não incidência do aumento em 1/6 operado em sentença.

Foi, ainda, afastada a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada. Na oportunidade, a autoridade judiciária destacou a presença de elementos indicativos de que o acusado se dedicava a atividades criminosas (fls. 1808):

[...] inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, considerando a enorme quantidade de drogas apreendidas e o fato de que os réus transportaram os entorpecentes de Campo Grande/MS para Carapicuíba/SP, não sendo crível que uma carga desse porte (279,600Kg - duzentos e setenta e nove quilos e seiscentos gramas) fosse confiada a alguém que não integrasse o círculo criminoso, o que denota que os acusados se dedicam a atividades criminosas, em especial à traficância [...]

Como é assente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça veda a utilização simultânea da quantidade e da natureza dos entorpecentes como fundamento para a exasperação da pena-base e para a modulada da fração da causa de diminuição dada pelo art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 sob pena de *bis in idem*. Nesse sentido, numerosos são os julgados: **STJ, AgRg no HC 503.725/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 18/06/2019; STJ, AgRg no AREsp 1389733/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019; STJ, AgRg no REsp 1798257/RO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019.**

Hipótese diversa é a utilização concomitante da quantidade de drogas apreendidas para elevar a pena na primeira fase da dosimetria e para afastar a incidência do tráfico privilegiado, quando a quantidade demonstrar que o agente dedica-se a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Nesse caso, não há *bis in idem*. A quantidade serve como parâmetro para exasperar a pena base e, aliada a outras circunstâncias, demonstra que o agente faz da traficância uma prática habitual, afastando



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a aplicação do redutor que tem como campo de incidência a resposta punitiva mais branda ao pequeno traficante que se envolve de modo eventual com a criminalidade. Por certo, não se coaduna com a hipótese do agente que movimenta vultosas quantidades de entorpecentes que são inseridas no comércio ilícito. Neste sentido, destaco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTUM DE AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ENVOLVIMENTO NA TRAFICÂNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REGIME MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos.
2. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. No caso, as quantidades de 7,58 kg e de 5,3 kg de maconha se mostraram exacerbadas para o tipo, justificando as penas-base fixadas nos patamares de 7 anos e 6 meses para o primeiro agravante e de 6 anos para o segundo agravante.
3. Esta Corte tem decidido que a quantidade e a natureza da droga, aliadas às circunstâncias em que cometido o tráfico, podem evidenciar a dedicação a atividades criminosas, o que afasta a aplicação da minorante.
4. In casu, a utilização da quantidade da droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase), por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

5. Verifica-se que o Tribunal a quo negou o benefício, concluindo que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa do tráfico, diante da quantidade da droga apreendida e circunstâncias do fato, de maneira que entender diversamente, como pretendido, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Inafastável a aplicação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

6. Mantida a pena definitiva do segundo agravante em 6 anos de reclusão, "o regime fechado (o mais gravoso, segundo o quantum da sanção aplicada) é o correto à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida, elencadas legalmente como circunstância preponderante" (HC 361.407/SP, por mim relatado, QUINTA TURMA, DJe de 2/9/2016).

7. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1672657/RO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A exasperação da reprimenda-base com fundamento na natureza e na quantidade de drogas apreendidas evidencia que as instâncias ordinárias atuaram, justamente, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. O Tribunal de origem dentro do seu livre convencimento motivado apontou elementos concretos dos autos que evidenciam que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, motivo pelo qual não há como reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Não há bis in idem na dosimetria da pena, quando, para justificar a impossibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são mencionados, além da quantidade de drogas apreendidas, outros elementos concretos dos autos que permitem a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

(...) 5. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no HC 564.695/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 14/08/2020)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...) **5. Esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.**

6. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no HC 549.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 15/06/2020)

Em sentido idêntico: **STJ, HC 578.782/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020; STJ, AgRg no REsp 1850353/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020; STJ, AgRg no HC 579.416/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020; STJ, AgRg no HC 563.027/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 01/06/2020; STJ, HC 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019.**

É a hipótese dos autos. A quantidade de substâncias era expressiva. Tratava-se de aproximadamente 280 kg de maconha. A droga estava acondicionada sob a forma de mais de 250 tijolos que, certamente, seriam fracionados em pedaços menores resultando em diversas porções individuais da droga que seriam distribuídas em pontos de venda. Não se trata de pequeno traficante. Ao transportar e armazenar vultosa quantidade de entorpecentes, o réu inseriu-se em uma rede de distribuída de drogas em etapa anterior à própria inserção no mercado ilícito. Evidente a sua



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dedicação ao tráfico de drogas, o que afasta a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada.

O regime fechado, fixado em sentença, não comporta reparos. A quantidade de drogas era exorbitante o que, inclusive, foi reconhecido no contexto das circunstâncias judiciais. Ademais, a pena privativa de liberdade foi fixada acima de 8 anos de reclusão. Nessa quadratura, o regime fechado é o único que se mostra compatível com a gravidade retratada nos autos, nos termos do art. 33, §2º, “a”, do CP.

Tendo em vista o montante de pena ao final aplicada, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do *sursis*. Valor do dia-multa no mínimo legal.

3.3.2. Apelante CAIO

Na primeira etapa da dosimetria, a quantidade dos entorpecentes apreendidos fundamentou a exasperação da pena-base em 2/3, obtendo-se a reprimenda de 8 anos e 4 meses de reclusão e o pagamento de 833 dias-multa.

O aumento da pena-base em razão da quantidade da droga obedeceu às diretrizes traçadas na Lei de Drogas que elegeu aquela circunstância como preponderante na dosimetria da pena (art. 42 da Lei de Drogas). A quantidade de fato era exorbitante, consistindo em 256 tijolos de maconha, totalizando aproximadamente 270 kg da droga. O aumento no patamar operado, dada a absurda quantidade transportada, bem justificou a imposição de patamar elevado de aumento, não comportando reparos.

Não foram reconhecidas circunstâncias agravantes ou atenuantes

Na terceira fase, o afastamento da causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei de Drogas importa na não incidência do aumento em 1/6 operado em sentença.

Foi, ainda, afastada a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada. Na oportunidade, a autoridade judiciária destacou a presença de elementos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

indicativos de que o acusado se dedicava a atividades criminosas (fls. 1808).

Como é assente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça veda a utilização simultânea da quantidade e da natureza dos entorpecentes como fundamento para a exasperação da pena-base e para a modulada da fração da causa de diminuição dada pelo art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 sob pena de *bis in idem*. Nesse sentido, numerosos são os julgados: **STJ, AgRg no HC 503.725/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 18/06/2019;** **STJ, AgRg no AREsp 1389733/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019;** **STJ, AgRg no REsp 1798257/RO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019.**

Hipótese diversa é a utilização concomitante da quantidade de drogas apreendidas para elevar a pena na primeira fase da dosimetria e para afastar a incidência do tráfico privilegiado, quando a quantidade demonstrar que o agente dedica-se a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Nesse caso, não há *bis in idem*. A quantidade serve como parâmetro para exasperar a pena base e, aliada a outras circunstâncias, demonstra que o agente faz da traficância uma prática habitual, afastando a aplicação do redutor que tem como campo de incidência a resposta punitiva mais branda ao pequeno traficante que se envolve de modo eventual com a criminalidade. Por certo, não se coaduna com a hipótese do agente que movimentava vultosas quantidades de entorpecentes que são inseridas no comércio ilícito. Neste sentido, destaco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: **AgRg no HC 564.695/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 14/08/2020;** **AgRg no HC 549.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 15/06/2020;** **STJ, HC 578.782/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020;** **STJ, AgRg no REsp 1850353/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020;** **STJ, AgRg no HC 579.416/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020;** **STJ, AgRg no HC 563.027/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 01/06/2020;**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

STJ, HC 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019.

É a hipótese dos autos. A quantidade de substâncias era expressiva. Tratava-se de aproximadamente 280 kg de maconha. A droga estava acondicionada sob a forma de mais de 250 tijolos que, certamente, seriam fracionados em pedaços menores resultando em diversas porções individuais da droga que seriam distribuídas em pontos de venda. Não se trata de pequeno traficante. Ao transportar e armazenar vultosa quantidade de entorpecentes, o réu inseriu-se em uma rede de distribuída de drogas em etapa anterior à própria inserção no mercado ilícito. Evidente a sua dedicação ao tráfico de drogas, o que afasta a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada.

O regime fechado, fixado em sentença, não comporta reparos. A quantidade de drogas era exorbitante o que, inclusive, foi reconhecido no contexto das circunstâncias judiciais. Ademais, a pena privativa de liberdade foi fixada acima de 8 anos de reclusão. Nessa quadratura, o regime fechado é o único que se mostra compatível com a gravidade retratada nos autos, nos termos do art. 33, §2º, “a”, do CP.

Tendo em vista o montante de pena ao final aplicada, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do *sursis*. Valor do dia-multa no mínimo legal.

Por fim, proclama a defesa de **CAIO** pela restituição do veículo Hyundai/HB20 apreendido quando da prisão em flagrante do acusado, cujo perdimento foi determinado em sentença (fls. 1817 e 1933). É dos autos, contudo, que referido automóvel pertence ao genitor do réu, o qual, inclusive, formulou pedido de restituição no curso do processo (autos de nº 0005820-70.2024.8.26.0127) que, contudo, foi indeferido. Assim, o acusado não possui legitimidade para pleitear sua restituição. Como é sabido, ninguém pode postular em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei, o que não se verifica no caso em tela. Nessa quadratura, deixo de analisar o pedido.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3.3.3. Apelante LUCAS

Na primeira etapa da dosimetria, a quantidade dos entorpecentes apreendidos fundamentou a exasperação da pena-base em 2/3, obtendo-se a reprimenda de 8 anos e 4 meses de reclusão e o pagamento de 833 dias-multa.

O aumento da pena-base em razão da quantidade da droga obedeceu às diretrizes traçadas na Lei de Drogas que elegeu aquela circunstância como preponderante na dosimetria da pena (art. 42 da Lei de Drogas). A quantidade de fato era exorbitante, consistindo em 256 tijolos de maconha, totalizando aproximadamente 270 kg da droga. O aumento no patamar operado, dada a absurda quantidade transportada, bem justificou a imposição de patamar elevado de aumento, não comportando reparos.

Não foram reconhecidas circunstâncias agravantes ou atenuantes

Na terceira fase, o afastamento da causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei de Drogas importa na não incidência do aumento em 1/6 operado em sentença.

Foi, ainda, afastada a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada. Na oportunidade, a autoridade judiciária destacou a presença de elementos indicativos de que o acusado se dedicava a atividades criminosas (fls. 1808).

Como é assente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça veda a utilização simultânea da quantidade e da natureza dos entorpecentes como fundamento para a exasperação da pena-base e para a modulada da fração da causa de diminuição dada pelo art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 sob pena de *bis in idem*. Nesse sentido, numerosos são os julgados: **STJ, AgRg no HC 503.725/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 18/06/2019; STJ, AgRg no AREsp 1389733/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019; STJ, AgRg no REsp 1798257/RO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019.**

Hipótese diversa é a utilização concomitante da quantidade de drogas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apreendidas para elevar a pena na primeira fase da dosimetria e para afastar a incidência do tráfico privilegiado, quando a quantidade demonstrar que o agente dedica-se a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Nesse caso, não há *bis in idem*. A quantidade serve como parâmetro para exasperar a pena base e, aliada a outras circunstâncias, demonstra que o agente faz da traficância uma prática habitual, afastando a aplicação do redutor que tem como campo de incidência a resposta punitiva mais branda ao pequeno traficante que se envolve de modo eventual com a criminalidade. Por certo, não se coaduna com a hipótese do agente que movimentava vultosas quantidades de entorpecentes que são inseridas no comércio ilícito. Neste sentido, destaco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: **AgRg no HC 564.695/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 14/08/2020; AgRg no HC 549.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 15/06/2020; STJ, HC 578.782/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020; STJ, AgRg no REsp 1850353/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020; STJ, AgRg no HC 579.416/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020; STJ, AgRg no HC 563.027/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 01/06/2020; STJ, HC 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019.**

É a hipótese dos autos. A quantidade de substâncias era expressiva. Tratava-se de aproximadamente 280 kg de maconha. A droga estava acondicionada sob a forma de mais de 250 tijolos que, certamente, seriam fracionados em pedaços menores resultando em diversas porções individuais da droga que seriam distribuídas em pontos de venda. Não se trata de pequeno traficante. Ao transportar e armazenar vultosa quantidade de entorpecentes, o réu inseriu-se em uma rede de distribuída de drogas em etapa anterior à própria inserção no mercado ilícito. Evidente a sua dedicação ao tráfico de drogas, o que afasta a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada.

No mais, inviável o reconhecimento da causa de diminuição prevista



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pelo art. 41 da Lei de Drogas¹⁷. Isto porque o acusado exerceu o direito em silêncio em fase preliminar e em juízo, sendo que a suposta confissão informal não foi admitida, tampouco utilizada, em sede recursal, como fundamento para a condenação. Inexistindo efetiva colaboração, não há que se falar em aplicação do redutor.

O regime fechado, fixado em sentença, não comporta reparos. A quantidade de drogas era exorbitante o que, inclusive, foi reconhecido no contexto das circunstâncias judiciais. Ademais, a pena privativa de liberdade foi fixada acima de 8 anos de reclusão. Nessa quadratura, o regime fechado é o único que se mostra compatível com a gravidade retratada nos autos, nos termos do art. 33, §2º, “a”, do CP.

Tendo em vista o montante de pena ao final aplicada, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do *sursis*. Valor do dia-multa no mínimo legal.

A defesa de **LUCAS** pleiteia que sejam concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita, alegando que o apelante não possui condições financeiras de arcar com as despesas e custas processuais.

Conforme dispõe o §3º, do artigo 99, do Código de Processo Civil, a alegação de insuficiência para custeio das despesas processuais deduzida exclusivamente por pessoa natural deve ser presumida como verdadeira. Assim, considerando a ausência de elementos a infirmar a hipossuficiência, de rigor a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Aliás, já se decidiu em sentido análogo na presente Câmara:

Finalmente, afasta-se o pagamento das custas processuais, **dada a presumível hipossuficiência do apenado, bem como a falta de cominação no Código Penal, pois o gravame teria a natureza de pena e integraria a condenação, se essencial lei substantiva federal houvesse**. Além disso, o réu foi representado por Defensor nomeado pelo convênio mantido entre a OAB-PGE, justamente

¹⁷ Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

porque não reunia condições financeiras para constituir um advogado. Assim, à falta de prévia cominação legal, impõe-se o cancelamento da condenação nas custas processuais." (TJSP, Apel. Crim. Nº 0002088-35.2017.8.26.0642, Relator. Des. Osni Pereira, J: 16/10/2019)

3.3.4. Apelante CELSO

Na primeira etapa da dosimetria, a quantidade dos entorpecentes apreendidos fundamentou a exasperação da pena-base em 2/3, obtendo-se a reprimenda de 8 anos e 4 meses de reclusão e o pagamento de 833 dias-multa.

O aumento da pena-base em razão da quantidade da droga obedeceu às diretrizes traçadas na Lei de Drogas que elegeu aquela circunstância como preponderante na dosimetria da pena (art. 42 da Lei de Drogas). A quantidade de fato era exorbitante, consistindo em 256 tijolos de maconha, totalizando aproximadamente 270 kg da droga. O aumento no patamar operado, dada a absurda quantidade transportada, bem justificou a imposição de patamar elevado de aumento, não comportando reparos.

Não foram reconhecidas circunstâncias agravantes ou atenuantes

Na terceira fase, o afastamento da causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei de Drogas importa na não incidência do aumento em 1/6 operado em sentença.

Foi, ainda, afastada a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada. Na oportunidade, a autoridade judiciária destacou a presença de elementos indicativos de que o acusado se dedicava a atividades criminosas (fls. 1808).

Como é assente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça veda a utilização simultânea da quantidade e da natureza dos entorpecentes como fundamento para a exasperação da pena-base e para a modulada da fração da causa de diminuição dada pelo art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 sob pena de *bis in idem*. Nesse sentido, numerosos são os julgados: **STJ, AgRg no HC 503.725/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 18/06/2019; STJ, AgRg no AREsp 1389733/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019; STJ, AgRg no REsp 1798257/RO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019.

Hipótese diversa é a utilização concomitante da quantidade de drogas apreendidas para elevar a pena na primeira fase da dosimetria e para afastar a incidência do tráfico privilegiado, quando a quantidade demonstrar que o agente dedica-se a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Nesse caso, não há *bis in idem*. A quantidade serve como parâmetro para exasperar a pena base e, aliada a outras circunstâncias, demonstra que o agente faz da traficância uma prática habitual, afastando a aplicação do redutor que tem como campo de incidência a resposta punitiva mais branda ao pequeno traficante que se envolve de modo eventual com a criminalidade. Por certo, não se coaduna com a hipótese do agente que movimentava vultosas quantidades de entorpecentes que são inseridas no comércio ilícito. Neste sentido, destaco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: **AgRg no HC 564.695/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 14/08/2020; AgRg no HC 549.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 15/06/2020; STJ, HC 578.782/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020; STJ, AgRg no REsp 1850353/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020; STJ, AgRg no HC 579.416/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020; STJ, AgRg no HC 563.027/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 01/06/2020; STJ, HC 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019.**

É a hipótese dos autos. A quantidade de substâncias era expressiva. Tratava-se de aproximadamente 280 kg de maconha. A droga estava acondicionada sob a forma de mais de 250 tijolos que, certamente, seriam fracionados em pedaços menores resultando em diversas porções individuais da droga que seriam distribuídas em pontos de venda. Não se trata de pequeno traficante. Ao transportar e armazenar vultosa quantidade de entorpecentes, o réu inseriu-se em uma rede de distribuída de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

drogas em etapa anterior à própria inserção no mercado ilícito. Evidente a sua dedicação ao tráfico de drogas, o que afasta a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada.

O regime fechado, fixado em sentença, não comporta reparos. A quantidade de drogas era exorbitante o que, inclusive, foi reconhecido no contexto das circunstâncias judiciais. Ademais, a pena privativa de liberdade foi fixada acima de 8 anos de reclusão. Nessa quadratura, o regime fechado é o único que se mostra compatível com a gravidade retratada nos autos, nos termos do art. 33, §2º, “a”, do CP.

Tendo em vista o montante de pena ao final aplicada, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do *sursis*. Valor do dia-multa no mínimo legal.

3.3.5. Apelante WALLACY

Na primeira etapa da dosimetria, a quantidade dos entorpecentes apreendidos fundamentou a exasperação da pena-base em 2/3, obtendo-se a reprimenda de 8 anos e 4 meses de reclusão e o pagamento de 833 dias-multa.

O aumento da pena-base em razão da quantidade da droga obedeceu às diretrizes traçadas na Lei de Drogas que elegeu aquela circunstância como preponderante na dosimetria da pena (art. 42 da Lei de Drogas). A quantidade de fato era exorbitante, consistindo em 256 tijolos de maconha, totalizando aproximadamente 270 kg da droga. O aumento no patamar operado, dada a absurda quantidade transportada, bem justificou a imposição de patamar elevado de aumento, não comportando reparos.

Não foram reconhecidas circunstâncias agravantes ou atenuantes

Na terceira fase, o afastamento da causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei de Drogas importa na não incidência do aumento em 1/6 operado em sentença.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Foi, ainda, afastada a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada. Na oportunidade, a autoridade judiciária destacou a presença de elementos indicativos de que o acusado se dedicava a atividades criminosas (fls. 1808).

Como é assente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça veda a utilização simultânea da quantidade e da natureza dos entorpecentes como fundamento para a exasperação da pena-base e para a modulada da fração da causa de diminuição dada pelo art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 sob pena de *bis in idem*. Nesse sentido, numerosos são os julgados: **STJ, AgRg no HC 503.725/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 18/06/2019; STJ, AgRg no AREsp 1389733/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019; STJ, AgRg no REsp 1798257/RO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019.**

Hipótese diversa é a utilização concomitante da quantidade de drogas apreendidas para elevar a pena na primeira fase da dosimetria e para afastar a incidência do tráfico privilegiado, quando a quantidade demonstrar que o agente dedica-se a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Nesse caso, não há *bis in idem*. A quantidade serve como parâmetro para exasperar a pena base e, aliada a outras circunstâncias, demonstra que o agente faz da traficância uma prática habitual, afastando a aplicação do redutor que tem como campo de incidência a resposta punitiva mais branda ao pequeno traficante que se envolve de modo eventual com a criminalidade. Por certo, não se coaduna com a hipótese do agente que movimentava vultosas quantidades de entorpecentes que são inseridas no comércio ilícito. Neste sentido, destaco os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: **AgRg no HC 564.695/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 14/08/2020; AgRg no HC 549.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 15/06/2020; STJ, HC 578.782/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020; STJ, AgRg no REsp 1850353/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 01/07/2020; STJ, AgRg no HC 579.416/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em**



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

02/06/2020, DJe 15/06/2020; STJ, AgRg no HC 563.027/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 01/06/2020; STJ, HC 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019.

É a hipótese dos autos. A quantidade de substâncias era expressiva. Tratava-se de aproximadamente 280 kg de maconha. A droga estava acondicionada sob a forma de mais de 250 tijolos que, certamente, seriam fracionados em pedaços menores resultando em diversas porções individuais da droga que seriam distribuídas em pontos de venda. Não se trata de pequeno traficante. Ao transportar e armazenar vultosa quantidade de entorpecentes, o réu inseriu-se em uma rede de distribuída de drogas em etapa anterior à própria inserção no mercado ilícito. Evidente a sua dedicação ao tráfico de drogas, o que afasta a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada.

O regime fechado, fixado em sentença, não comporta reparos. A quantidade de drogas era exorbitante o que, inclusive, foi reconhecido no contexto das circunstâncias judiciais. Ademais, a pena privativa de liberdade foi fixada acima de 8 anos de reclusão. Nessa quadratura, o regime fechado é o único que se mostra compatível com a gravidade retratada nos autos, nos termos do art. 33, §2º, “a”, do CP.

Tendo em vista o montante de pena ao final aplicada, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do *sursis*. Valor do dia-multa no mínimo legal.

A defesa de WALLACY pleiteia que sejam concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita, alegando que o apelante não possui condições financeiras de arcar com as despesas e custas processuais.

Conforme dispõe o §3º, do artigo 99, do Código de Processo Civil, a alegação de insuficiência para custeio das despesas processuais deduzida exclusivamente por pessoa natural deve ser presumida como verdadeira. Assim, considerando a ausência de elementos a infirmar a hipossuficiência, de rigor a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Aliás, já se decidiu em sentido análogo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

na presente Câmara:

Finalmente, afasta-se o pagamento das custas processuais, **dada a presumível hipossuficiência do apenado, bem como a falta de cominação no Código Penal, pois o gravame teria a natureza de pena e integraria a condenação, se essencial lei substantiva federal houvesse.** Além disso, o réu foi representado por Defensor nomeado pelo convênio mantido entre a OAB-PGE, justamente porque não reunia condições financeiras para constituir um advogado. Assim, à falta de prévia cominação legal, impõe-se o cancelamento da condenação nas custas processuais." (TJSP, Apel. Crim. N° 0002088-35.2017.8.26.0642, Relator. Des. Osni Pereira, J: 16/10/2019)

3.3.6. Apelante ÍTALO

Na primeira etapa da dosimetria, a autoridade judiciária exasperou a pena em 2/3 por força dos entorpecentes apreendidos e em 1/8 pelos maus antecedentes, resultando em 8 anos, 11 meses e 15 dias de reclusão e o pagamento de 895 dias-multa.

Os maus antecedentes foram comprovados. O réu registra condenação definitiva nos autos do processo-crime 1502466-52.2019.8.26.0542 (furto), da 1ª Vara Criminal de Carapicuíba, com trânsito em julgado em 28 de março de 2022 (fls. 1427/1429). Por outro lado, o aumento da pena-base em razão da quantidade da droga obedeceu às diretrizes traçadas na Lei de Drogas que elegeu aquela circunstância como preponderante na dosimetria da pena (art. 42 da Lei de Drogas). A quantidade de fato era exorbitante, consistindo em 256 tijolos de maconha, totalizando aproximadamente 270 kg da droga. O aumento no patamar operado, dada a absurda quantidade transportada, bem justificou a imposição de patamar elevado de aumento, não comportando reparos.

Na segunda fase foi corretamente reconhecida a agravante da reincidência diante do registro de condenação definitiva nos autos do processo-crime 1511940-19.2019.8.26.0228 (furto), da 6ª Vara Criminal da Capital, com trânsito em julgado em 10 de dezembro de 2019, cujo processo de execução 0000972-79.2020.8.26.0127 foi extinto em 17 de setembro de 2024 (fls. 1426/1427).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Com o aumento em 1/6 obtém-se 10 anos, 5 meses e 12 dias de reclusão e o pagamento de 1044 dias-multa.

Na terceira fase, o afastamento da causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei de Drogas importa na não incidência do aumento em 1/6 operado em sentença.

Ainda na terceira fase, a reincidência corretamente afastou a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado uma vez não preenchidos os requisitos dados pelo art. 33, §4º, da Lei de Drogas. É importante observar a consolidação do entendimento jurisprudencial segundo o qual a afirmação da reincidência como agravante e a vedação da causa de diminuição pelo mesmo motivo não implicam violação da garantia do *ne bis in idem*. Nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. CONDUTA FLAGRADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RÉU REINCIDENTE. ÚNICA CONDENAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA E NEGAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] V - A reincidência pode ensejar o agravamento da pena, na segunda fase da dosimetria, bem como impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que a primariedade é requisito para a incidência desse benefício. Ressalta-se que, por não ser a reincidência elemento constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, mas apenas um dos requisitos para a incidência de determinado benefício penal, não há falar em *bis in idem*. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 480.676/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019).

Da mesma forma:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE ÉDIPO HENRIQUE FARIAS. REINCIDENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. VEDAÇÃO EXPRESSA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IRRELEVÂNCIA. PACIENTE MICHEL JOSÉ DOS SANTOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE ÍNFIMA DE DROGA APREENDIDA (5,48 GRAMAS DE CRACK E 1,60 GRAMAS DE COCAÍNA). REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. ART. 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 2. "A reincidência, específica ou não, não se compatibiliza com a causa especial de diminuição de pena prevista § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, dado que necessário, dentre outros requisitos, seja o agente primário. Tal óbice e a exasperação da pena, na segunda fase, não importam em *bis in idem*, mas em consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto." (HC 229.340/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013) [...] (STJ - HC n. 326.359/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 11/5/2017, grifei).

"[...] CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. RÉU REINCIDENTE. NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. 1. Não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ao réu reincidente, pois não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse. Precedentes. 2. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Sodalício, a utilização da agravante da reincidência para fins de obstar a aplicação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas não configura indevido *bis in idem*. [...] 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ - AgRg no AREsp n. 557.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 10/5/2017, grifei).

O regime inicial não comporta modificação. Trata-se de acusado reincidente que foi condenado a pena privativa de liberdade superior a 8 anos de reclusão. Observou-se, assim, o art. 33, §2º, "a", do Código Penal.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A quantidade de pena aplicada é incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do *sursis*, nos termos do art. 44 e 77 do Código Penal.

4. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço dos recursos e:

I) acolho parcialmente a preliminar invocada pela defesa de JEFERSON para: a) afirmar a ilicitude probatória da confissão informal dos apelantes; b) afirmar a validade da apreensão das drogas e demais instrumentos do crime por força da teoria da fonte independente preexistente; c) afirmar a licitude dos depoimentos dos policiais nos pontos em que não há referência à confissão informal dos apelantes;

II) no mérito, dou parcial provimento aos recursos para: a) afastar a causa de aumento prevista pelo art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006; b) readequar a reprimenda dos apelantes JEFERSON, CAIO, CELSO, LUCAS e WALLACY, cada qual, para 8 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 833 dias-multa, no mínimo legal, como incursos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006; c) readequar a reprimenda do apelante ÍTALO para 10 anos, 5 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 1044 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006; d) conceder aos apelantes LUCAS e WALLACY os benefícios da gratuidade de justiça, mantendo, no mais, a r. sentença.

Indefiro os pedidos de revogação das prisões preventivas dos apelantes CAIO e LUCAS. Os fatos apurados são especialmente graves diante da expressiva quantidade de entorpecentes apreendidas em poder dos apelantes, circunstâncias judiciais que justificaram a exasperação da pena-base e serviu como um dos fundamentos para o afastamento do redutor. Os riscos à ordem pública são



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

evidentes. **Mantenho as custódias.**

MARCOS ZILLI

Relator