



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000299605

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500169-56.2024.8.26.0426, da Comarca de Patrocínio Paulista, em que é apelante WILMAR PRATES DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS E EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 27 de março de 2025.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1500169-56.2024.8.26.0426

Apelante: Wilmar Prates da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Vara Única da Comarca de Patrocínio Paulista

MM. Juiz de Direito Dr. Afonso Marinho Catisti de Andrade

Voto nº 6450

Tráfico de drogas – Sentença condenatória - Recurso defensivo – Absolvição – Impossibilidade – Materialidade e autoria suficientemente comprovadas – Depoimentos das testemunhas coerentes e sem desmentidos - Desclassificação da conduta para a prevista no art. 28, caput, da Lei de Drogas – Descabimento – Intuito mercantil evidenciado – Condenação mantida – Dosimetria – Primeira Fase - Pena-base fixada no patamar mínimo legal – Segunda Fase – Sem causas modificativas – Terceira Fase - Circunstâncias do delito, natureza e diversidade das drogas apreendidas, além de diversas passagens do apelante pela Vara da Infância e Juventude, por atos infracionais análogos, demonstram o envolvimento com práticas criminosas, incompatíveis com a benesse - Regime fechado mantido, mais adequado na hipótese - Inviabilidade, pelas mesmas razões, da substituição da pena privativa por restritiva de direitos – Recurso improvido.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Wilmar Prates da Silva** contra a r. sentença de fls. 326/338, que julgou procedente a ação e a condenou à pena de 10 (dez) anos de reclusão, em

regime inicial fechado, e 1000 (mil) dias-multa, fixados unitariamente no mínimo legal, como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

A defesa, inconformada, pleiteia i) a absolvição do sentenciado por ausência de provas e, subsidiariamente, iv) o reconhecimento do redutor previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11343/06 (fls. 357/364).

Regularmente processado o apelo, vieram as respectivas contrarrazões (fls. 371/379).

Após, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 391/394)

Não houve oposição ao Julgamento Virtual.

É O RELATÓRIO.

Wilmar Prates da Silva foi processado e condenado à pena já mencionada porque, nas condições de tempo e local descritas na exordial acusatória: *“tinha em depósito, para ulterior entrega ao consumo de terceiros, 35g (trinta e cinco) gramas de material contendo Tetrahydrocannabinol (THC), mais conhecido como maconha, em uma única porção grande, conforme auto de exibição e apreensão (fls. 06/07) e exame químico toxicológico de fls. 20/22 dos*

autos nº 1500169-90.2023.8.26.0426, sendo esta substância integrante da Lista F – lista de substâncias de uso proscrito no Brasil – conforme Portaria Anvisa nº 344/98 e atualizações posteriores, tudo sem autorização e em desacordo com as determinações legais e regulamentares.

Consta, de igual maneira, que no dia 22 de abril de 2021, às 10h, na Rua do Comércio nº 5675, Centro, na cidade de Itirapuã, comarca de Patrocínio Paulista, São Paulo, WILMAR PRATES DA SILVA, vulgo “MIOJO”, tinha em depósito, para ulterior entrega ao consumo de terceiros, 03 (três) porções de material contendo Metil Benzoil Ecgonina, na forma de Crack, de peso aproximado de 01 (um) grama; bem como 07 (sete) porções de material contendo Metil Benzoil Ecgonina, na forma de Cocaína, de peso aproximado de 03 (três) gramas, conforme auto de exibição e apreensão (fls. 13/14) e exame químico toxicológico de fls. 123/124;125/127 destes autos, sendo esta substância integrante da Lista F – lista de substâncias de uso proscrito no Brasil – conforme Portaria Anvisa nº 344/98 e atualizações posteriores, tudo sem autorização e em desacordo com as determinações legais e regulamentares.

Conforme o apurado, na primeira situação objeto

da Ação Penal, ocorrida em 23 de janeiro de 2023, policiais militares, tão logo assumiram seu turno pela manhã, obtiveram a informação de que, durante toda a madrugada, aportaram, através do canal “190”, notícias de que WILMAR estaria levando a efeito o tráfico de drogas na porta de sua residência, sendo que, por volta das 06 (seis) horas da manhã, os agentes de segurança pública receberam, pela mesma via, nova notícia de que o acusado estaria saindo de uma mata, próxima à sua residência, com um pacote de drogas às mãos, o qual seria dedicado à venda a terceiros.

A partir destas informações e já ciosos, pela sua atuação preventiva, de que WILMAR estava realizando o comércio ilegal de entorpecentes, os policiais se deslocaram até a residência deste, ocasião em que se depararam com ele à porta do imóvel.

Em busca pessoal autorizada pelas circunstâncias, os agentes de segurança pública não lograram encontrar nada de interesse para a persecução penal. Deu-se, todavia, que WILMAR confessou que possuía drogas em sua residência, autorizando o ingresso dos agentes de segurança pública ao local, tendo o acusado buscado, em uma raque que se encontrava em seu quarto, a droga, a qual entregou espontaneamente aos Policiais Militares.

Em razão de sua colaboração com as forças policiais e de sua primariedade, naquela ocasião WILMAR livrou-se solto, tendo sido instaurado o Inquérito Policial nº 1500169-90.2023.8.26.0426.

Deu-se, então, que no dia 22 de abril de 2024, às 10h, a Polícia Militar, em cumprimento de mandado de busca expedido pela Vara Única de Patrocínio Paulista, compareceu a outro imóvel, localizado na Rua do Comércio, para o qual WILMAR havia mudado a sede de sua atividade ilícita para realizar, de forma desembaraçada, o tráfico de drogas.

Ao baterem no portão para anunciar o cumprimento do mandado, os policiais militares ouviram o barulho da descarga do banheiro, o que motivou, autorizados que estavam pela ordem judicial, o ingresso na residência, tendo eles constatado que WILMAR havia logrado dispensar a maior parte das drogas pelo vaso sanitário, tendo sido possível recuperar parte delas, tais como acima descritas, quais fossem 03 (três) porções de Crack e 07 (sete) de Cocaína .

Com WILMAR foram encontradas notas de dinheiro trocado, fruto do comércio espúrio que vinha realizando, bem como, no interior de seu quarto, foram encontrados um prato e uma lâmina,

utilizados para fracionamento da droga para venda e entrega aos usuários.

No imóvel foi identificado, ainda, circuito de câmeras de segurança dedicado a identificar a presença e o avanço da Polícia, com o fim de ocultar as drogas ilegais, tudo a demonstrar inequívoco profissionalismo na prática do comércio espúrio.

Diante das circunstâncias da abordagem, da quantidade e da variedade de droga apreendida, da existência de petrechos e equipamentos utilizados para a prática do tráfico de drogas com profissionalismo e habitualidade é que se tipifica a conduta do agente ao comércio ilícito de entorpecentes.” – Fls.147/152

Após regular instrução criminal, a ação penal foi julgada procedente para condenar o sentenciado nos moldes acima mencionados.

E, na análise dos argumentos deduzidos em grau de recurso, cumpre reconhecer, desde logo, que o improvimento se impõe.

A materialidade do delito foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), portaria (fls. 67), boletins de ocorrência (fls. 09/12 e 68/69), auto de exibição e apreensão (fls. 13/14 e 70), laudos de constatação preliminar (fls. 16/20 e 21/25), laudo

toxicológico definitivo (fls.84/87, 123/124 e 125/127), laudo pericial do aparelho celular (fls.139/146 bem como pela prova oral.

No que tange à responsabilidade criminal do sentenciado, também neste particular conclui-se que ela é evidente.

O réu **Wilmar Prates da Silva**, na fase indiciária, durante a lavratura do boletim de ocorrência do primeiro crime, aos 21/01/2023, assim declarou: *“Na data dos fatos, por volta das 06:00 horas da manhã estava na porta da sua residência, sito rua Coronel Antônio de Freitas, 4880, nesta cidade, fumando um baseado de maconha, quando chegou a viatura da polícia militar, desceram os policiais Comparin e Guilherme e lhe indagaram o que estava fazendo no local, informou que estava fumando, em seguida tais policiais lhe fizeram uma revista pessoal e nada encontraram, mas como o interrogando disse **que tinha maconha dentro de casa autorizou os policiais militares adentrar o imóvel**, porém o interrogando foi até o quarto onde dorme e **apanhou um tijolo de maconha e entregou para os policiais militares**, Diante tal situação o interrogando foi conduzido até a Delegacia de Franca, onde foi elaborada a ocorrência e depois foi liberado. Nunca esteve preso, apenas quando era adolescente esteve duas vezes apreendidos na fundação casa de São Paulo e uma outra vez*

na fundação casa de Franca, foi liberado no final do mês de novembro do ano passado. Não esta vendendo droga, apenas é usuário de drogas, inclusive esta trabalhando na lavoura das fazenda do município. Nada mais disse nem lhe foi perguntado.”

No mais, quando de sua prisão em flagrante pela prática do segundo crime descrito na denúncia, Wilmar exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio e, em Juízo, negou a autoria delitiva.

Em Juízo, negou as práticas delitivas alegando ser usuário de entorpecente.

Nesse sentido, considerando-se que bem compilada a prova oral produzida nos autos, fica adotada, transcrevendo-se, o resumo dos depoimentos colhidos em juízo feito pelo D. Magistrado sentenciante:

“Guilherme de Souza Melo, policial militar, ouvido como testemunha de acusação, relatou em juízo que na data dos fatos tomaram conhecimento, pelos demais colegas, da existência de denúncias de que o acusado estava praticando tráfico de entorpecentes na porta da casa dele. Por volta das 06 horas, receberam uma ligação onde foram informados que Wilmar havia saído de uma mata

portando um pacote. Com isso, abordaram Wilmar na porta de sua residência e o Cb. Comparini o indagou sobre o pacote o acusado teria afirmado que a droga estava dentro de casa e era para consumo próprio. O próprio réu franqueou a entrada deles em seu imóvel, e entregou a droga. Não se recordada apreensão de dinheiro. Foram entregues cerca de 40 gramas de maconha. Não soube informar se após os fatos o acusado mudou de endereço.

Luis Gustavo de Sousa Comparini, policial militar ouvido como testemunha de acusação informou durante a instrução que realizou cumprimento do mandado de busca, por volta das 10 horas da manhã, em uma residência utilizada para comércio de entorpecentes. Ao chegarem no local, houve certa demora para serem atendidos e escutaram o barulho da descarga. Um dos agentes percebeu que o acusado tinha jogado drogas e dinheiro no vaso sanitário. Conseguiram retirar do vaso parte da cocaína, do crack e um pouco do dinheiro. As drogas foram encontradas fracionadas. Na posse do acusado também foi apreendido dinheiro em notas pequenas. Indagado, Wilmar informou que a quantia era proveniente da venda de entorpecentes da noite anterior. Na ocasião, estava presente a esposa do acusado e foi apreendido o celular dele que estava na posse

da mulher. Havia ainda, em pleno funcionamento, um sistema de câmeras monitorando o local. Não sabe quem era o dono da propriedade, mas o réu estava morando lá. Conhece Wilmar de outras ocorrências envolvendo tráfico de drogas. Certa vez, no início de seu turno de trabalho, foi comunicado pelos policiais do turno anterior que naquela noite foram realizadas diversas ligações pelo 190 informando que o vulgo Miojo estava traficando. Pela manhã, receberam nova ligação onde tomaram conhecimento de que o acusado estava saindo com um pacote do mato. Realizaram abordagem de Wilson, ele entrou dentro de sua casa e pegou considerável quantidade de maconha ao qual alegou ser para uso próprio. Narra que Wilson fala abertamente que vende drogas.

A testemunha de acusação, Rogério de Lima Sanchez, policial militar, declarou que de posse de decisão judicial de busca e apreensão, por volta das 10 horas da manhã, se deslocaram até o imóvel do acusado. Quando chegaram no local, ouviram uma movimentação e correria. O acusado abriu a porta e perceberam que ele havia dispensado algo na descarga do banheiro. Verificaram que o réu deixou cair do lado porções de crack e cocaína. O acusado teria notado a presença dos policiais por meio das câmeras de segurança e

*dispensando parte da droga no vaso sanitário. Na ocasião, Wilmar teria confessado a traficância. O réu já havia sido apreendido com drogas quando era adolescente e, posteriormente, já com dezoito anos, foi preso novamente por tráfico de drogas. Destaca que não foi preciso arrombar portas, o próprio réu abriu o portão, eles deram ciência do mandado e logo correram para o banheiro. **Foram apreendidas notas de dois, cinco, dez e vinte reais. As drogas estavam fracionadas, e na mesa da cozinha localizaram um prato e um gilete.** Estava presente, durante o ato, a namorada de Wilmar, que se manteve em silêncio a todo momento. **O imóvel possuía colchão, mesa, geladeira, um guarda-roupa com vestes e uma televisão, ao qual era utilizada para monitoramento.** Não soube informar quem era o proprietário do imóvel, mas **o réu confirmou que estava morando lá há uma semana.** Não viu ninguém usando drogas no local, e não soube esclarecer onde o acusado residia anteriormente.*

*Interrogado judicialmente, **Wilmar Prates da Silva** relatou que morava na Rua Coronel Antonio de Freitas, no centro da cidade de Itirapuã/SP, junto com seus avós e sua mulher. Se desentendeu com sua amásia, que acabou saindo de casa. Tentou se entender com a mulher e como não tinham lugar para ficar, levou-a*

para um imóvel conhecido na cidade como fumódromo. Por volta das 07 horas da manhã, os policiais invadiram o local e apreenderam com a mulher setenta reais e um celular. Foram levados para delegacia e lá apresentaram sete papéis e três pedras que haviam sido localizadas na residência que ele estava. A droga não era de sua propriedade. É apenas usuário. Em janeiro de 2023, quando ainda morava com sua avó, foi encontrada em sua posse uma pequena quantidade de maconha. Deixou os policiais entrarem no imóvel, onde encontraram mais uma porção da mesma droga. Costumava comprar quantidade considerável, pois trabalha na roça e não tinha como ficar indo buscar a droga. Naquela data, foi levado para o plantão e logo liberado. Sobre a ocorrência havida no presente ano, informou que se trata de um imóvel ao qual há grande fluxo de pessoas e os petrechos não eram dele. O celular apreendido era de sua namorada e não usava o aparelho. Estava morando com sua avó antes de ser preso. Já foi no referido fumódromo buscar sua mãe; o local fica aberto para quem quiser entrar e possui bastante entulho. Fazia uso de maconha e atualmente usa pedra e pó. Nega o comércio dos entorpecentes, e diz que trabalhava para sustentar o vício.”

Pois bem.

Diante de todos os elementos obtidos no curso da instrução, verifica-se que a prova produzida sob o crivo do contraditório é segura no sentido de determinar a responsabilidade criminal do apelante pelo tráfico de drogas.

Repise-se que, em relato seguro e coeso, os agentes públicos relataram como se deu os fatos, envolvendo dois crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, praticados pelo apelante.

Os policiais militares Guilherme e Luis Gustavo relataram que em 23/01/2023, durante o turno de trabalho receberam diversas denúncias anônimas dando conta que o réu, vulgo “miojo”, estaria promovendo o tráfico de drogas em determinado local e ao se dirigirem ao lugar se depararam com o réu na porta da residência, mas nada de ilícito foi encontrado com ele, contudo, indagado a respeito de um pacote que um denunciante visualizou em suas mãos, o apelante entrou em sua residência e pegou considerável quantidade de maconha que alegou ser para seu próprio consumo.

Contudo, diante da sua primariedade, Wilmar foi posto em liberdade dando início ao inquérito policial que originou este feito.

No mais, em outra ocasião, aos 22/04/2024, de

posse de mandado de busca e apreensão, os policiais Luis Gustavo e Rogério se dirigiram à residência do apelante, sabedores que o imóvel estava sendo utilizado para o comércio de entorpecentes.

Os policiais observaram que no local havia câmeras de monitoramento e o réu demorou para atender a equipe sendo ouvido, pelos servidores públicos, barulho de descarga vindo do interior da residência e, ao adentrarem, ainda conseguiram apreender parte das drogas que estava sendo dispensada no vaso sanitário e, ainda, certa quantia em dinheiro trocado – além de um prato e uma gilete - e, de posse da esposa do acusado, foi apreendido um aparelho de telefonia celular.

Os agentes da lei ainda ressaltaram que o réu é conhecido nos meios policiais pela prática de crimes de tráfico de entorpecentes sendo apreendido com drogas quando era adolescente e também após completar 18 anos.

O testemunho de servidores públicos, que são dotados de presunção de veracidade, merece fé até prova em contrário, pois se deduz dos autos que não há nenhuma demonstração concreta de irregularidade ou arguição que tenha fundamento a ponto de macular o quadro probatório.

Com efeito, tem se tornado cada vez mais comum a invocação de flagrantes forjados ou de irregularidade na conduta dos agentes da lei, como forma de ilidir o honesto e competente trabalho de tais servidores e como forma de os acusados se isentarem de responsabilidade.

O Estado tem seus agentes concursados legalmente aptos a reprimir o crime, e seus depoimentos somente podem ser afastados se demonstrada eventual irregularidade ou interesse particular na condenação do acusado, o que não se deu no caso em tela.

Nessa esteira já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal e o Col. Superior Tribunal de Justiça:

“o valor do depoimento testemunhal de servidores públicos — especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (HC nº 74.608-0/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO)

“[...] Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela

prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.” (HC 436.168/RJ, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018).

Por sua vez, a versão exculpatória do acusado não convence e foi contrariada pela prova oral colhida.

Wilmar, quanto ao primeiro crime, ocorrido no dia 21/01/2023, alegou que com ele foi apreendida apenas uma pequena quantidade de maconha e que autorizou os policiais a ingressarem em sua residência sendo, então, apreendida outra porção de maconha, ambas para consumo próprio.

Já quanto ao crime ocorrido aos 22/04/2024, que resultou em sua prisão em flagrante, aduziu que, como estava sem lugar para morar com sua esposa, levou-a para um local conhecido na cidade como "fumódromo", alegando que a droga ali encontrada não era de sua propriedade e que apenas é usuário de drogas.

As exculpatórias não merecerem credibilidade.

Primeiro, porque quanto ao primeiro delito, havia denúncias anônimas de que o acusado, vulgo “miojo”, estava promovendo o tráfico de drogas no local, sendo localizado no imóvel onde residia um tijolo de maconha.

No mais, quanto ao segundo delito, havia um mandado de busca e apreensão e informações de que a residência era utilizada para o comércio de drogas, sendo, igualmente localizados entorpecentes diversos – crack e cocaína.

Ademais, não prospera a mendaz versão que o local era de uso comum de vários usuários até porque os agentes da lei destacaram que no imóvel havia colchão, mesa, geladeira, guarda-roupa com vestimentas e ainda uma televisão, além de câmeras de monitoramento a demonstrar que o réu mantinha residência devidamente estruturada no local com sua esposa, equipada, ainda, com sistema de monitoramento a fim de antever a ação policial - como realmente fizeram se livrando de parte da drogas jogando-as no vaso sanitário.

Não bastasse, no local, de posse do acusado e de sua esposa, ainda foram encontrados dinheiro em notas miúdas, petrechos para picotar as drogas (prato e gilete) e ainda um aparelho celular contendo imagens relacionadas ao tráfico de drogas (fl.226), tudo a

evidenciar o comércio ilícito praticado no local pelo réu e quiçá por sua companheira.

Além disso, frise-se que o apelante, quando do segundo delito, interrogado na fase inquisitiva, poderia já ter ofertado a inverossímil versão exculpatória apresentada por ele juízo, contudo, exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio (fl. 08).

É certo que a Constituição Federal garante, em seu art. 5º, a possibilidade de o interrogado manter-se em silêncio; todavia não é razoável aceitar que o inocente seja acusado injustamente e não tenha qualquer reação. É comportamento normal do ser humano o inconformismo quando levianamente acusado de fato criminoso.

Não se deve afastar, por óbvio, a regra constitucional de que o silêncio não pode ser interpretado em desfavor do acusado. Vale aqui, então, ressaltar, que o silêncio não o prejudica, mas serve de baliza para o juízo no cotejo com os elementos de prova carreados aos autos.

Neste sentido, a jurisprudência:

"Embora a opção pelo silêncio derive de previsão constitucional, ela não inviabiliza o convencimento judicial no sentido desfavorável ao réu, pois a reação normal do

inocente é proclamar, com insistência e ênfase, a sua inocência, e não se reservar para prestar esclarecimentos apenas em Juízo" (TACRIM/SP – RT 739/626).

Ora a configuração do delito de tráfico de drogas, por tratar-se de crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, prescinde de prova da mercancia, bastando o simples fato de, com essa finalidade, guardar, manter em depósito, trazer consigo, fornecer, ainda que gratuitamente, a substância ilícita.

Nesse sentido:

“1. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consuma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal). 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de

qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. (...) Ademais, o fato de ser usuário não exclui a possibilidade da prática do crime de tráfico pelo acusado. 5. Agravo regimental não provido” (AgRg no AREsp 1624427/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 23/03/2020).

Anote-se, ainda, que ficou bem demonstrado o fim mercantil dos entorpecentes, mormente considerando-se a quantidade da droga apreendida *(1 tijolo de maconha, 3 porções de “crack” e 07 porções de cocaína – fl.85, 124 e 126)*, bem como a forma em que estavam acondicionadas, em frações individualizadas prontas para a comercialização e consumo.

Assim, não há que se falar, pois, em insuficiência probatória, tampouco embasadora do *in dubio pro reo*, cumprindo salientar que *a demonstração de qualquer causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade é ônus de quem alega (art. 156 do CPP), exigindo comprovação inequívoca, o que incorre nestes autos.*

Impossível a *desclassificação da conduta para o*

crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas, eis que evidente o intuito mercantil dos entorpecentes apreendidos, ante a enorme quantidade e variedade de entorpecentes encontrados.

Ademais, é cediço que a condição de usuário de drogas não afasta a responsabilidade do apelante pela conduta prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/06, mormente porque é comum, e, mesmo corriqueiro, que uma mesma pessoa seja, ao mesmo tempo, traficante e usuário.

Nesse sentido é o entendimento do C. STJ:

“(...) muito embora o acusado tente se apresentar como mero usuário, é sabido que nada impede que possam coexistir, numa mesma pessoa, as duas figuras - usuário e traficante - daí, pois, ainda que no caso focado o agente seja usuário, restou demonstrado que o mesmo praticava conduta dirigida para a vontade de traficar ilicitamente substância entorpecente. A rigor, o crime de tráfico de entorpecentes não exige para a sua configuração a venda da substância tóxica a terceiros. A ratio legis pretende antecipar a proteção ao bem jurídico saúde pública, não exigindo a ocorrência de um dano concreto, mas tão somente uma situação onde:

ocorra perigo à saúde de um grupo indeterminado de pessoas.” (STJ - REsp 1708569, Rel. Min. Ribeiro Dantas, data de publicação: 06.03.2018).

Lado outro, “ad argumentandum tantum”, quando ao delito praticado no dia 21/01/2023, não há que se falar em reconhecimento da atipicidade da conduta ou desclassificação para posse de drogas para uso pessoal em decorrência da quantidade de “maconha” apreendida, sob a alegação que, nos termos do **Tema 506 do STF**, presume-se ser o réu usuário de drogas.

Dessarte, nos termos da recente tese fixada pelo E. Supremo Tribunal Federal ao julgar o Tema 506 da Repercussão Geral, será presumido usuário quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40 gramas de cannabis sativa destinada ao consumo próprio.

Trata-se de critério que estabelece uma presunção juris tantum de que o indivíduo que traz consigo quantidade diminuta de referido tóxico seja apenas usuário, **contudo, não obsta o reconhecimento do tráfico de drogas se presentes elementos que indiquem o intuito de mercancia**, como ocorre in casu.

Em outras palavras, não há que se falar em posse

de entorpecente para consumo próprio e, por conseguinte, não se aplica no presente caso o Tema nº 506 do E. STF.

A priori, entendemos que a quantidade de maconha não é ínfima, como pretende fazer crer o apelante, uma vez que foi localizado um tijolo de maconha com cerca de 34 gramas.

De todo modo, outros elementos angariados por ocasião da prisão em flagrante, indicam que, de fato, havia tráfico de drogas.

Ora, havia diversas denúncias anônimas desde a noite anterior de que o réu estava promovendo o tráfico de drogas no local e, durante o período da manhã, foi visto saindo “do mato” com um pacote nas mãos e, indagado, a respeito do pacote o acusado indicou onde estaria o tablete de maconha, tudo a demonstrar que a porção de maconha não poderia ter outro destino, senão o tráfico ilícito.

Assim, como visto as circunstâncias fáticas anteriormente delineadas, não se adequam aos critérios fixados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Tema 506 do rito dos recursos repetitivos (Leading case: RE 635.659, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 26/06/2024, publicado no DJe de 28/06/2024), em cuja tese ficou consignado o seguinte :

" 1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em

depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio”

De mais a mais, considerando-se o extenso conjunto fático probatório, e que a defesa não trouxe aos autos elemento de prova hábil a comprovar suas alegações, a qual restaram completamente isoladas, resta evidente que a exculpatória sustentada, baseada na negativa de autoria, conquanto constitua legítima manifestação de autodefesa, em cuidadosa análise, revela-se mera tentativa de livrar-se de uma condenação pelo crime que lhe é imputado.

Desse modo, tem-se que o decreto condenatório era mesmo de rigor.

Com isso, resta, apenas, analisar a pena imposta, a qual comporta reforma.

Na primeira fase, sopesadas as diretrizes do artigo 59 do Código Penal e 42 da lei 11343/06, a pena-base foi fixada no patamar mínimo legal, ou seja, **05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.**

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, as penas se mantiveram no patamar acima estipulado.,

Na terceira fase do cálculo, como bem consignado na r. sentença, inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006.

Registre-se que o artigo em comento versa sobre a figura do “tráfico privilegiado”, também conhecida como “traficância menor” ou “traficância eventual”, estabelecendo a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Assim sendo, a causa de diminuição constante no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 deve ser aplicada àquele que tenha praticado o delito de maneira isolada, sendo um fato atípico em sua vida, embora penalmente punível. A aplicação da causa de redução possui um caráter excepcional, quando constatado não haver dúvidas de que o réu praticou o ato de modo não contumaz e habitual.

Apesar de o sentenciado ser primário, foi detido em duas ocasiões diferentes e, ainda, já se viu envolvido, quando menor, em atos infracionais análogos ao crime sob judice, circunstâncias (cf.fls.34/35) a revelar a habitualidade no crime e sua propensão a atividades criminosas e, por tal, incompatível com a benesse do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06..

Os dois crimes de tráfico ilícito de entorpecentes aqui analisados foram cometidos em circunstâncias de tempo e espaço

distintas e com desígnios autônomos, a autorizar o concurso material de crimes – somando-se as penas – chegando-se a **10 (dez) anos de reclusão e ao pagamento de 1000 (mil) dias multa**, no piso mínimo legal.

No mais, de rigor a fixação do **regime fechado** para cumprimento da pena privativa de liberdade, pelo patamar de pena alcançado aliado à gravidade concreta do delito, tendo em vista a natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos (maconha, cocaína e “crack”), a evidenciar que estava seriamente envolvido com o comércio nefasto e, quiçá, com organização criminosa, o que não pode ser ignorado para fins de escolha do regime de cumprimento de pena a ser fixado, observados os critérios previstos no art. 59 do Código Penal e o exigido pelo artigo 33, §3º, do mesmo diploma legal.

Saliente-se que o tráfico de entorpecentes é equiparado aos crimes hediondos, o que demonstra a necessidade de atuação mais ostensiva do Estado na fixação do regime inicial para cumprimento da reprimenda.

Insta ressaltar, a respeito, que, como a estipulação da dosimetria e, ao depois, o estabelecimento do regime prisional inicial dizem respeito a momentos legais substancialmente distintos da

apenação (*lato sensu*), não se há cogitar em *bis in idem* em casos que tais.

Do mesmo modo, na medida em que a pena reclusiva ultrapassa os respectivos limites legiferados, incabíveis na espécie a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP: “superior a 4 anos”) e também o *sursis* penal (art. 77, caput, do CP: “superior a 2 anos”).

Consideram-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores.

Ante todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo defensivo, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida pelo seus próprios e jurídicos fundamentos.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relatora