



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000320303

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1505379-43.2024.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que são apelantes WELINTON SOARES DE SOUZA e MARCELO MENDES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos recursos, mantendo-se a r. sentença recorrida pelos próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN E PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 31 de março de 2025.

MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA

Relator

Assinatura Eletrônica

VOTO nº 22892

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1505379-43.2024.8.26.0344

COMARCA: Marília

VARA DE ORIGEM: 2ª Vara Criminal

JUIZ(a) PROLATOR(a) DA SENTENÇA: *Paulo Gustavo Ferrari*

APELANTES: WELINTON SOARES DE SOUZA e MARCELO MENDES

APELADO: Ministério Público

Vistos.

Trata-se de apelações criminais, interpostas por **Welinton soares de Souza e Marcelo Mendes**, contra a r. sentença de fls. 4890/4895 (publicada em audiência aos 07/11/24), cujo relatório se adota, que os condenou como incurso nas penas do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, a 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no mínimo legal, em relação a **Marcelo**, e a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado e, a 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal, em relação a **Welinton**.

Inconformados, apela os réus pugnando pela absolvição por insuficiência probatória, pois *“os depoimentos policiais que efetuaram a prisão devem ser analisados com cautela”* e *“não se cogita, em um processo penal justo e amplo, proceder-se ao juízo condenatório sem os demais elementos necessários e conformadores de uma prova robusta”*, sendo caso de aplicação do *“princípio in dubio pro reo, absolvendo-o, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal”*.

Requer-se, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, dada a *“impossibilidade de se afirmar com a certeza necessária que as porções apreendidas seriam destinadas ao comércio ilícito de entorpecentes”*, a *“fixação da pena no mínimo legal”*, a *“incidência da causa especial de diminuição de pena”* prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, em seu grau máximo, já que a *“primariedade restou reconhecida nos autos”*, que *“seja afastada a reincidência como agravante, visto que utilizada para impedir a incidência do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas”*, ou, ainda, a fixação do regime inicial aberto e a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos (sic, fls. 4916/4924).

Contra-arrazoados os recursos (fls. 4943/4948), o parecer da douta Procuradoria de Justiça é pelo não provimento (fls. 5020/5024).

É o relatório.

Consta da inicial acusatória que:

“(…) Consta do incluso inquérito policial que, no dia 18 de junho de 2024, por volta das 11 horas, na Rua Américo Capelozza, 356, nesta cidade e comarca de Marília, WELINTON SOARES DE SOUZA e MARCELO MENDES, qualificados às fls.35 e 46, traziam consigo e tinham em depósito, para fins de disseminação, 17 (dezessete) microtubos contendo 0,78g (massa líquida) de cocaína e 2 (dois) microtubos azuis contendo 0,85g (massa líquida) de cocaína, drogas apreendidas no auto de exibição e apreensão de fls. 22/23, fotografadas a fls. 19/21, e constatadas como tal pelos laudos de constatação de fls. 26/28 e químico-toxicológico de fls. 103/105, sem

autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, policiais civis da DISE, com base em informações prévias e ações anteriores, confirmaram a existência de um ponto de tráfico de drogas na Rua Américo Capelozza, ao lado do número 356, em uma casa abandonada. Por volta das 11h, posicionaram-se estrategicamente para observar o local e presenciaram duas transações de drogas, envolvendo um usuário a pé e outro de bicicleta. WELINTON SOARES DE SOUZA e MARCELO MENDES foram identificados como os traficantes, com MARCELO entregando o dinheiro a WELINTON e pegando a droga na casa abandonada para repassá-la aos compradores.

Após a confirmação do tráfico, os policiais abordaram e algemaram WELINTON e MARCELO para evitar fugas, encontrando um celular com MARCELO. Na casa abandonada, encontraram 17 (dezessete) microtubos de “crack” e 2 (dois) de cocaína, além de R\$ 35,00.

WELINTON alegou ser usuário de “crack” e negou traficar, afirmando desconhecer as drogas encontradas. MARCELO também afirmou ser usuário, negando envolvimento com tráfico e alegando desconhecimento das drogas na casa. Ressalta-se que ambos os denunciados já foram presos em flagrante pela DISE/Marília-SP, inclusive no mesmo local.” (sic, fls. 02/04).

Os recursos não comportam provimento.

Inegavelmente, a prova dos autos permitiu a decisão condenatória em desfavor de **Welinton e Marcelo**, no que tange ao delito

que lhes foi imputado.

Inconteste a materialidade do delito, comprovada pelo auto de exibição e apreensão das drogas, do dinheiro e do aparelho de telefone celular, encontrado em poder do apelante **Marcelo**, pelos laudos de constatação preliminar e de exame químico-toxicológico, assim como pelo relatório de informações correspondentes ao conteúdo armazenado no aparelho de telefone celular apreendido (fls. 23/25, 26/27, 107/109, 140/4797 e 4962/5001).

Quanto à autoria, a prova dos autos faz concluir pela culpabilidade dos apelantes, senão vejamos.

O policial civil *Edenyr Alfredo Bedusqui*, na primeira fase da persecução penal, narrou que, “*é Investigador de Polícia, e exerce suas funções da DISE/MARÍLIA. Que por meio de Investigação Policial, informações obtidas e ações policiais anteriores realizadas no local, foi possível constatar a existência de ponto de venda de drogas na Rua Américo Capelozza, ao lado do número 356, que é uma casa abandonada. Nesta data, por volta das 11h00min, o depoente, juntamente com sua colega e demais Policiais Civis lotados na DISE foram até o local e se posicionaram em ponto de visão privilegiada, para realização de observação tipo “campana”. Que foi possível constatar o tráfico de drogas no ponto de venda e forma como esta ocorria. Que durante o período de observação velada, foram vistas duas vendas de drogas, todas ocorrendo da mesma forma, sendo uma para um usuário homem que chegou a pé e outra para um usuário homem que chegou de bicicleta. Na frente da casa ficava um homem magro, branco, de altura mediana, vestindo calça azul e blusa preta, posteriormente identificado como sendo o indiciado WELINTON SOARES DE SOUZA, e distante cerca de dez metros estava outro indivíduo, pardo, magro, de altura*

mediana, vestindo calça jeans, blusa preta e boné vermelho, posteriormente identificado como sendo MARCELO MENDES. Nas vendas foi possível ver que os usuários se aproximavam e eram atendidos por MARCELO, que nas duas oportunidades recebeu o dinheiro, foi até WELINTON e lhe entregou o valor. WELINTON entrava na residência abandonada e voltava em seguida, entregando o entorpecente para MARCELO, que repassava ao usuário. Que ambos os usuários saíram do local após comprar a droga, e não foram abordados para não revelar o ponto de observação e não chamar a atenção dos vendedores, que certamente fugiriam. Constatado o tráfico de drogas e a associação, bem como onde as drogas eram escondidas, foi decidido pela abordagem dos indiciados. Que o depoente e sua colega esperaram um momento em que MARCELO e WELINTON ficaram na frente da residência abandonada, e com apoio dos demais Policiais Civis lotados na Unidade, se aproximaram de ambos, que foram abordados com sucesso. Que foram utilizadas algemas pelo receio de fuga, já que a abordagem se deu em local aberto, e para segurança dos abordados e da equipe Policial. Que em busca pessoal, o depoente encontrou no bolso de MARCELO um telefone celular marca Motorola Moto G, cor dourada com capa vermelha. Que após contidos os indiciados, o depoente e sua colega ingressaram na residência abandonada, sendo que já no primeiro cômodo, sob roupas sujas, o depoente encontrou um saco vermelho contendo em seu interior dezessete (17) microtubos amarelos com substância amarelada com características de “crack” e dois (02) microtubos azuis com pó branco com característica de cocaína. Havia também R\$ 35,00 (trinta e cinco reais) em notas de variados valores. Perguntados sobre os fatos, no local, ambos os indiciados ficaram em silêncio. Diante dos fatos, ambos foram conduzidos até esta Delegacia de Polícia, para a tomada das medidas de Polícia Judiciária. Que quer acrescentar que ambos os indiciados já foram presos em flagrante delito por esta Delegacia Especializada. WELINTON já foi preso

em flagrante no mesmo local por tráfico de drogas, no dia 11/09/2023, e MARCELO, também no mesmo local, em 04/01/2024.” (sic – fls. 08/09). Em juízo, Edenyr relatou que o local onde se deram os fatos é um conhecido ponto de venda de drogas, alvo de diligências anteriores pela polícia. Na ocasião, procederam a uma breve campana, no que foi possível observar duas pessoas vendendo drogas a dois usuários. Marcelo recebia o dinheiro dos usuários e o repassava a Welinton, o qual adentrava a residência e pegava a droga, entregando-a para Marcelo dar aos usuários. Os dois foram abordados. Marcelo portava um aparelho de telefone celular. No interior da residência, sob roupas sujas, foram localizados 17 (dezesete) “pinos” amarelos contendo “crack”, dois “pinos” azuis com cocaína e a quantia de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais) em espécie.

A também policial civil *Marli Ribeiro Augusto* mencionou, na Delegacia de Polícia, que *“é Investigadora de Polícia da DISE/MARÍLIA. Que através de Investigação Policial, informações obtidas e ações policiais anteriores feitas nas proximidades, foi constada a existência de ponto de tráfico de drogas Rua Américo Capelozza, ao lado do número 356, que é uma casa abandonada. Nesta data, por volta das 11h00min, a depoente, juntamente com seu colega e demais Policiais Civis lotados na DISE se deslocaram e ficaram em ponto de visão estratégica para realização de observação tipo “campana”. Que foi possível visualizar o a ocorrência de tráfico de drogas no ponto e como este ocorria. Que durante o período de “campana”, foram vistas duas transações de drogas, todas ocorrendo da mesma forma, sendo uma para usuário homem que chegou a pé e uma para um usuário homem que chegou em uma bicicleta. Defronte ao ponto de venda ficava um homem magro, branco, de altura mediana, vestindo calça azul e blusa preta, posteriormente identificado como sendo o indiciado WELINTON SOARES DE SOUZA, e distante cerca de dez metros estava outro indivíduo, pardo,*

magro, de altura mediana, vestindo calça jeans, blusa preta e boné vermelho, posteriormente identificado como sendo MARCELO MENDES. Nas vendas foi visto que os usuários se aproximaram e foram atendidos pelo indiciado MARCELO, que recebia o dinheiro e ia até o indiciado WELINTON, entregando o valor para este. Em seguida, MARCELO entrava na casa abandonada e saía em seguida, entregando a droga para MARCELO, que entregava aos compradores. Que todos os dois usuários saíram do local após comprar a droga, e não foram abordados para não prejudicar o trabalho policial, já que o ponto de observação seria revelado e para que os traficantes não fugissem do local. Constatado o tráfico de drogas e a associação, bem como onde as drogas eram escondidas, foi decidido pela abordagem do indiciado e do menor. Que quando ambos ficaram próximos, a depoente e seu colega, com apoio dos demais Policiais Civis lotados na Unidade, se aproximaram dos dois, que foram abordados com sucesso. Que ambos foram algemados pelo receio de fuga, já que a abordagem se deu em local aberto, e para segurança dos abordados e da equipe Policial. Que em busca pessoal, o colega da depoente encontrou no bolso de MARCELO um celular da marca Motorola, Modelo Moto G7. Após ambos contidos, iniciaram uma busca pelo imóvel, sendo que já no primeiro cômodo da casa abandonada, o colega de depoente encontrou sob roupas sujas, um saco vermelho contendo em seu interior dezessete (17) microtubos amarelos com substância amarelada com características de “crack” e dois (02) microtubos azuis com pó branco com característica de cocaína. Havia também R\$ 35,00 (trinta e cinco reais) em notas de variados valores. Indagados, eles ficaram em silêncio sobre os fatos. Diante dos fatos, ambos foram conduzidos até esta Delegacia de Polícia, para a tomada das medidas de Polícia Judiciária. Que consignar que os indiciados já foram presos em flagrante delito por esta Delegacia Especializada. WELINTON já foi preso em flagrante no mesmo local por tráfico de drogas, no dia 11/09/2023, e MARCELO, também no mesmo

local, em 04/01/2024.” (sic – fls. 10/11). Na fase judicial, Marli afirmou que o local onde ocorreu a abordagem é conhecido como um ponto de tráfico de drogas. Durante a observação, identificou duas pessoas em frente a uma casa abandonada, sendo certo que ambos já eram conhecidos por envolvimento em atividades ilícitas no local, inclusive, haviam sido presos lá anteriormente. Em dado momento, uma terceira pessoa aproximou-se de Welinton e entregou algo a ele, o que foi repassado para Marcelo. Este entrou na casa, retornou e entregou um objeto a Welinton, o que ele repassou ao usuário. Uma outra pessoa chegou ao local e a mesma dinâmica se repetiu. Diante da situação, a equipe policial procedeu à abordagem. Durante a revista, constatou-se que Marcelo possuía um aparelho celular no bolso. A partir de buscas no interior da casa, foram encontradas roupas sujas, e, juntos a elas, 02 (dois) “pinos” de cocaína de cor azul, 17 (dezesete) “pinos” amarelos contendo “crack” e a quantia de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais) em espécie, tudo acondicionado dentro de uma sacola plástica vermelha. Os dois alegaram ser usuários de drogas.

Welinton, por sua vez, alegou em solo policial que *“que é usuário de 'crack'. Que foi até a casa abandonada, que é um 'fumódromo', e estava esperando alguém chegar para fumarem junto, pois o fluxo de usuário é grande no local. Que nega que estivesse no local traficando drogas. Que sobre a droga encontrada, não sabia que havia tais drogas no local. Que conhece MARCELO apenas de vista, sendo que já usaram 'crack' juntos várias vezes. Que tinha acabado de fumar 'crack' com MARCELO na casa. Que possui antecedentes criminais por tráfico de drogas, mas afirma que no dia estava apenas usando 'crack' na mesma casa abandonada. Que quer acrescentar que no local já foi presa muita gente e existe muito lixo, sendo que as vezes pode haver drogas que a Polícia não encontrou de outras vezes que teve prisão na mesma casa abandonada.”* (fl. 12). Em juízo, informou que teve

uma recaída no consumo de drogas ilícitas e o local onde foi abordado é um conhecido ponto de encontro de usuários de drogas, chamado de “fumódromo”, onde há constante fluxo de pessoas. Manteve contato com pessoas naquele local apenas para consumir drogas com elas. Quando abordado, disse que não sabia das drogas lá encontradas. Já conhecia os policiais devido a uma prisão anterior. Trabalhava numa pizzaria que fechou, e, atualmente, faz trabalhos esporádicos como “freelancer”.

Por fim, **Marcelo**, na fase extrajudicial, afirmou que “é usuário de “crack”. Que encontrou com *WELINTON* na rua e foram até o local, que é um “fumódromo”, para usarem “crack”. Que fumaram o “crack” no local e os Policiais chegaram. Que nega que estivesse traficando drogas no local. Que sobre a droga encontrada na casa, afirma que não tinha conhecimento de que esta droga estava no local. Que não possui antecedentes criminais por tráfico de drogas, mas afirma que estava no mesmo lugar fumando e foi preso.” (sic – fl. 13). Para a autoridade judicial disse que, na data dos fatos, encontrava-se no local fazendo uso de drogas. As adquiriu e chamou Welinton para consumi-las na “casinha”. A polícia chegou e os abordou. Os policiais ingressaram na casa e encontraram as drogas. Não vendeu drogas a usuários. O lugar se trata de uma casa abandonada, frequentada por usuários de drogas. Já foi preso antes pelos mesmos policiais. Trabalha como soldador, mas está afastado de suas atividades por ter perdido um dos olhos.

Como se depreende, a prova amealhada aos autos é segura no sentido de incriminar os apelantes pela prática do crime de tráfico de drogas pelo qual foram condenados.

Não é muito assinalar que nada consta dos autos que permita a conclusão de que os policiais civis tivessem motivos para alterar a verdade acerca dos fatos, merecendo os depoimentos total

credibilidade, conforme pacífico entendimento jurisprudencial dominante nos tribunais.

A propósito:

“TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. ABSOLVIÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DO ÉDITO REPRESSIVO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA. 1. Para se desconstituir o édito repressivo quanto ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, como pretendido no writ, seria necessário o exame aprofundado de provas, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente. 2. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente

quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes” (STJ, Min. Jorge Mussi – 5ª Turma – HC nº 276253/RJ – j. 18.02.2014).

Querer fazer crer, a Defesa, que depoimentos de agentes públicos não servem para embasar uma decisão condenatória, é ilógico, porquanto inexistente qualquer circunstância provada nos autos que justifique um suposto interesse em prejudicar os apelantes.

É que depoimentos colhidos em autos de processos valem, não só pela idoneidade das fontes de prova, mas, também, pela idoneidade dos próprios depoimentos, principalmente, como no caso em comento, em que não há nada a retirar a idoneidade das testemunhas ou mesmo dos seus depoimentos.

Convém ressaltar, ainda, que os detalhados depoimentos dos policiais civis, em juízo, estão em absoluta consonância com o que por eles foi dito na primeira fase da persecução penal, a demonstrar a verossimilhança de seus relatos, sendo certo que se Marli, em juízo, enganou-se com relação a conduta de cada um dos apelantes, tal equívoco é perfeitamente explicável ante o tempo decorrido entre fatos e a oitiva em juízo, não se olvidando ainda das inúmeras ocorrências das quais participou.

Os policiais civis foram inequívocos em apontar que ambos os apelantes atuavam mancomunados, com o fim de vender as drogas, cada qual com sua tarefa na empreitada. Enquanto um deles recepcionava um usuário que pretendia adquirir as drogas e recebia o dinheiro, o outro cuidava de buscar a droga no interior da casa para a entrega. Os apelantes repassavam um ao outro dinheiro e a porção de

droga. Eles foram vistos duas vezes em tais atitudes, o suficiente para se esclarecer a traficância por eles praticada. Além de drogas, foi encontrado dinheiro no interior da casa, junto com as drogas.

A partir dos relatos dos investigadores de polícia, mesmo que tenha sido aventado pelos apelantes tratar-se de um lugar com grande fluxo de usuários de drogas, não se pode afirmar a presença de ninguém no local circulando em meio a eles que pudesse tornar confusa a percepção do que faziam.

Reforçando a prova oral levada a efeito, o conteúdo de mensagens armazenadas no aparelho de telefone celular encontrado em poder de **Marcelo** dá conta de tratativas bastante sugestivas da lida no tráfico de drogas, com contabilização de valores e acertos sobre a circulação de drogas, claro que com o uso de terminologia própria, interpretada por policiais civis conhecedores do meio, tudo bem discriminado em relatório de informação trazido aos autos (fls. 4962/5001).

E não há falar na imprescindibilidade de testemunhos civis, na medida em que os depoimentos de agentes públicos, como afirmado, possuem fé pública e, nestes autos, não há nada a retirar a credibilidade deles. Aliás, exigir a existência de testemunhas civis num país em que o tráfico impera, através da violência, seria o mesmo que garantir a impunidade.

Outrossim, a defesa dos apelantes não fez produzir qualquer prova que fragilizasse a produzida a requerimento da acusação.

Assim, em que pese as negativas de **Welinton** e **Marcelo**, em razão dos depoimentos seguros e coesos dos policiais civis, aliados à

apreensão de droga e às circunstâncias da apreensão (ponto de venda e compra de drogas), a condenação dos apelantes, pela prática do delito de tráfico de drogas, era o desfecho natural da causa.

Não há como olvidar de que o crime de tráfico se consuma de inúmeras maneiras – tipo penal misto alternativo que é – ou seja, com a prática de qualquer uma das condutas constantes da norma penal incriminadora. E as condutas dos apelantes encontram moldura no tipo penal em apreço.

E, justamente pela característica de ser um tipo penal misto alternativo, basta a prática de qualquer conduta, desde que em correlação com ao menos um dos dezoito verbos constantes da norma penal, para a caracterização do crime de tráfico. E a prova colhida demonstra que **Welinton e Marcelo**, juntos, tinham em depósito drogas para o espúrio comércio, o que se amolda ao que se encontra previsto no *caput* do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Portanto, reconhecido o crime de tráfico, não há falar em desclassificação para o delito de posse para consumo próprio, pois, ainda que estivesse comprovado, por perícia técnica, o uso ou o vício, não estaria afastada a responsabilidade pelo crime mais grave, isto porque uma conduta não exclui a outra. Na verdade, é comum entre usuários e viciados em drogas o tráfico como forma de viabilizar o sustento do uso ou vício.

Nesta parte, bem ao contrário do que sustentou a Defesa ao lançar tese de desclassificação, argumentando que *“a prova oral se limita a descrever a mera apreensão dos entorpecentes na casa abandonada”* (sic), como assentado anteriormente, os testemunhos dos policiais civis evidenciaram que os apelantes comercializavam as substâncias ilícitas

que possuíam.

Não há reparos no que concerne à dosimetria das penas de prisão.

Em relação a **Welinton**, no primeiro momento, a pena foi fixada no mínimo legal, no segundo momento, ante a inexistência de circunstâncias alteradoras, foi mantida no mesmo patamar, enquanto no terceiro momento, ante a inexistência de causas modificadoras, foi tornada definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão.

Adotado o mesmo raciocínio, acima explicitado, foi fixada a pena de multa em 500 dias multa no, mínimo legal.

Quanto a **Marcelo**, no primeiro momento, a pena foi fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, tendo em vista o mau antecedente, (*processo nº 0000383-11.2010.8.26.0104 – extinção da punibilidade em 5/5/2017 – fls. 65*), no segundo momento permaneceu inalterada, ante a inexistência de circunstâncias alteradoras, enquanto no terceiro momento, ante a inexistência de causas alternadoras, foi tornada definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Adotado o mesmo raciocínio, acima explicitado, foi fixada a pena de multa em 583 dias multa no, mínimo legal.

Não há falar na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

O apelante **Marcelo** ostenta antecedente criminal, conforme já registrado, o que por si só impede a incidência do redutor.

Ademais, as circunstâncias do fato demonstram o grau de envolvimento de **Welinton** e **Marcelo** com o tráfico de drogas e que não são 'marinheiros de primeira viagem', traficantes neófitos, que têm ao seu favor a causa de diminuição de pena acima mencionada.

Entender de forma contrária implicaria em afronta ao princípio da isonomia, dispensando tratamento benéfico àqueles que traficam rotineiramente, algo não pretendido pela Lei nº 11.343/06.

Como se sabe, a *mens legis*, ao instituir o referido redutor, foi beneficiar o criminoso ocasional, que agiu de modo excepcional, não sendo este o caso dos autos.

Foi revelado um modo de agir pelos apelantes bem típico daqueles mais dedicados à traficância, com a escolha de um ponto bastante favorável a tanto, divisão de tarefas na guarda da droga e no atendimento aos usuários.

Em um relatório de informação, mencionado antes, policiais civis pontuaram comunicações habituais no tráfico de drogas de **Marcelo** com terceiros por meio de aparelho de telefone celular (fls. 4962/5001).

Os apelantes já foram presos em flagrante traficando naquele mesmo local, Rua Américo Capelozza, 356, Parque das Nações, Marília/SP, **Welinton** no dia 04/01/2024 (processo: 1500027-36.2024.8.26.0593 – fls. 65/67) e **Marcelo** no dia 11/09/2023 (processo: 1511241-29.2023.8.26.0344 – fls.68/69). **Welinton** já foi condenado em primeira instância, inclusive.

Em momento algum, os apelantes comprovaram que exerciam algum tipo de atividade lícita com rendimentos para os seus

sustentos. Em verdade, a traficância se apresenta como meio de vida para eles, com dedicação à esta prática criminoso, o que torna a concessão da benesse aqui tratada medida inadequada e absolutamente desproporcional à reprovação e prevenção necessárias.

Conforme já se decidiu, “... a referida causa especial de diminuição de pena somente deve ser concedida em prol daqueles que, a despeito de condenados pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, estão se iniciando no mundo do crime, tendo, por isso, maior chance de serem recuperados e reintegrados ao convívio social, mediante a imposição de sanções penais menos rigorosas. Sua aplicação só se justifica em hipóteses bastante reduzidas, pela necessidade de estarem presentes todos os requisitos enumerados no § 4º, do artigo 33, da lei em comento, o que não se verifica no caso dos autos...” (TJSP; Apelação Criminal 0001807-12.2018.8.26.0362; Relator (a): Freitas Filho; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mogi Guaçu - Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/05/2019; Data de Registro: 30/05/2019).

E dedicação às atividades criminosas não se confunde com primariedade ou bons antecedentes. Mesmo que sem condenação criminal anterior, definitiva ou não, é possível afirmar que uma pessoa se dedique à prática de crimes. A respeito:

“...CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. (...) 5. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas. A

razão de ser da causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal. 6. Certo é que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possuem o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Essa, aliás, é a essência do princípio da presunção de não culpabilidade. Contudo, não há óbice a que processos em andamento ou mesmo condenações ainda sem a certificação do trânsito em julgado possam, à luz das peculiaridades do caso concreto, ser considerados elementos aptos a demonstrar, cautelarmente, eventual receio concreto de reiteração delitiva (ensejando, por conseguinte, a necessidade de prisão preventiva para a garantia da ordem pública) ou mesmo para evidenciar, como no caso, a dedicação do acusado a atividades criminosas. 7. O registro de feitos criminais em curso ou condenações ainda pendentes de definitividade podem afastar o redutor não por ausência de preenchimento dos dois primeiros requisitos elencados pelo legislador, quais sejam, a primariedade e a existência de bons antecedentes, mas pelo descumprimento do terceiro e/ou do quarto requisito exigido pela lei, que é a ausência de dedicação do acusado a atividades delituosas e a sua não integração em organização criminosa. 8. É possível que o julgador que, dentro de sua discricionariedade juridicamente vinculada, possa livremente valorar as provas carreadas aos autos e os demais dados constantes do processo inclusive os depoimentos de testemunhas ou mesmo a confissão do acusado para, se for o caso, se convencer de que o agente não é merecedor do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, por se dedicar a atividades criminosas...". (STJ HC 338.379/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 16.12.2016).

E, também:

Ação Penal – Tráfico de Drogas – Sentença condenatória – Apreensão de maconha, cocaína e crack – Insurgência da Defesa – Autoria e materialidade comprovadas – Depoimentos prestados pelos agentes de segurança de forma coerente e que merecem crédito diante do contexto probatório – Inteligência do art. 33, caput da Lei nº 11.343/2006 – Circunstâncias da prisão (tentativa de evasão e abandono da mochila com drogas), local da abordagem (ponto de tráfico intenso de drogas), natureza, variedade e quantidade e forma de acondicionamento – Dosimetria: Primeira fase: Pena-base fixada acima do mínimo legal – Pese embora respeitável o entendimento do juízo sentenciante, ainda que as drogas tenham alto poder viciante (cocaína e crack), é preciso considerar que a quantidade em que apreendidas (44,6 e 29,25 gramas, respectivamente) não se mostrou expressiva a ponto de justificar a exasperação. Cenário que não se altera com a apreensão também de maconha, já que por se tratar de droga menos deletéria, também os pouco mais de 170 gramas não estão aptos a justificar a majoração. – Pena-base deve ser fixada, então, no mínimo legal (05 anos de reclusão e 500 dias-multa) – Segunda fase – Reconhecimento da agravante da calamidade pública – Agravante da calamidade pública que fica afastada por não se revelar que a apelante tenha se valido de tal situação para a prática da conduta – Terceira fase – Art. 33, parágrafo 4º, que não foi aplicado – Ré que está respondendo a outro delito da mesma natureza cometido anteriormente à presente ocorrência, o que indica sua dedicação às atividades criminosas e obsta a concessão do redutor - No caso, em consulta aos autos do processo 1500822-06.2021.8.26.0542 (via e.saj), verificamos que por lá a acusada, encontrada com mais de 800 gramas de entorpecentes (também maconha, cocaína e crack, como aqui), e parcialmente confessa, acabou sendo condenada por tráfico à pena de 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão em regime fechado,

estando o processo em grau de recurso – Regime fechado que fica alterado para o semiaberto já que, bem ou mal, a ré é primária e a pena, depois de unificada na execução, aí sim, de forma mais oportuna, poderá levar à definição do regime fechado – Nem se cogite de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos haja vista o impeditivo do art. 44, I, do Código Penal – Recurso provido em parte para redimensionar a pena que passa a ser de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. (TJSP; Apelação Criminal 1501552-17.2021.8.26.0542; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Carapicuíba - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/02/2022; Data de Registro: 04/02/2022).

A Defesa postulou, para o caso de manutenção da condenação, que “seja afastada a reincidência como agravante, visto que utilizada para impedir a incidência do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas” (sic). Ora, não houve o reconhecimento de reincidência em relação a qualquer dos apelantes, porque inexistente. Existiu, sim, a exasperação da pena-base de **Marcelo** por maus antecedentes.

Ocorre que, mesmo sendo os maus antecedentes ou a reincidência considerada anteriormente na fase devida da dosimetria, respectivamente, como circunstância judicial desfavorável ou agravante, podem fundamentar, depois, a não aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, sem que configure *bis in idem*, por tratar-se de consequências diversas para os mesmos institutos estabelecidas expressamente em lei.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, adequado o fechado, em relação a ambos os apelantes, já que a prática criminosa perpetrada, além de atingir o bem jurídico tutelado pelo legislador,

contribui para a prática de inúmeros outros ilícitos penais, tão ou mais graves que o agora imputado, como é notório. Aliás, o tráfico permite que marginais dados à prática de crimes contra o patrimônio, pelo uso de drogas ilícitas, adquiram “coragem” para as empreitadas criminosas. Também o espúrio comércio faz campear a corrupção de agentes públicos, para permitir a continuidade dessas práticas delituosas. Não há como olvidar, ainda, das consequências dessa danosa conduta, a formar multidões de dependentes de drogas ilícitas, que causam a desagregação familiar. Igualmente como consequência do tráfico, tem-se a queda da produtividade do cidadão e a dependência do sistema público de saúde, já tão deficiente. E ninguém deve almejar um planeta de viciados. Frise-se que a imposição de regime mais brando acabaria gerando um incentivo à prática do comércio ilegal, causando na sociedade a sensação de impunidade daquele que do tráfico faz seu meio de vida, não se olvidando do mal antecedente de **Marcelo**.

Também pelos mesmos motivos, e, ainda, o *quantum* das penas, e o mal antecedente de **Marcelo** não há cogitar em substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, por tratar-se de grave crime de tráfico, ante a tamanha perniciosidade da prática criminosa que, como uma grave doença, corrói a sociedade e, atualmente, somente se equipara à corrupção, que, igualmente, sérias sequelas traz ao país.

Ante o exposto, **nega-se provimento aos recursos**, mantendo-se a r. sentença recorrida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho
Relator
(assinado eletronicamente)