



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000344012

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502195-13.2024.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que são apelantes FELIPE GUSTAVO MARIANO e JOSUÉ CARDOSO DA SILVA, 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 do recurso e, no mérito, por v.u. deram-lhe parcial provimento para: a) fixar a pena base no mínimo legal (ambos os réus); b) reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea em relação ao acusado Josué; c) readequar a pena imposta aos réus FELIPE GUSTAVO MARIANO e JOSUÉ CARDOSO DA SILVA em 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, ambos como incurso no artigo 33, caput, da Lei de Drogas, mantendo-se, no mais, a r. sentença**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 9847

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1502195-13.2024.8.26.0269

Apelantes: FELIPE GUSTAVO MARIANO e JOSUÉ CARDOSO DA SILVA

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itapetininga

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA ABORDAGEM POLICIAL E NA BUSCA VEICULAR. MODULAÇÃO DA DOSIMETRIA PENAL.

1. DO CASO EM EXAME. Recurso de apelação interposto pela defesa de Felipe Gustavo Mariano e Josué Cardoso da Silva contra sentença que os condenou à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime tipificado pelo artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06. Pretensão recursal de absolvição em razão da insuficiência probatória. Ilegalidade da abordagem policial e busca pessoal/veicular. Pleitos subsidiários: a) aplicação da pena base em seu mínimo legal; b) incidência da atenuante da confissão espontânea em relação ao réu Josué; c) reconhecimento da figura do tráfico privilegiado; d) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e) fixação do regime prisional aberto; f) afastamento da pena de multa imposta.

2. DOS FATOS SUBMETIDOS A JULGAMENTO. Acusados que, em contexto de associação para o tráfico, transportavam quase um quilograma de crack quando foram abordados por policiais militares que realizavam fiscalização de trânsito em praça de pedágio localizada na rodovia Raposo Tavares. Solicitação de documentos pessoais e do veículo. Verificação dos itens obrigatórios de segurança acondicionados no porta-malas do carro. Demasiado nervosismo dos réus e discrepâncias em suas narrativas acerca do destino da viagem que despertou a atenção dos policiais e ensejou a busca veicular/pessoal minuciosa. Encontro de mochila com drogas sobre o banco traseiro do automóvel.

3. DAS RAZÕES DE DECIDIR. 3.1. Ilegalidade da abordagem e busca pessoal/veicular. Afastamento. Acusados abordados durante operação de rotina de fiscalização de trânsito promovida por policiais militares, com o intuito de averiguar a ocorrência de infrações administrativas de trânsito e crimes que supostamente ocorriam na rodovia Raposo Tavares. Demasiado nervosismo apresentado pelos acusados e discrepância em suas narrativas quanto ao destino da viagem que ensejaram a busca pessoal e veicular. **3.2. Condenação adequada. Prova da materialidade e de autoria.** Depoimentos dos policiais uniformes e convergentes. Credibilidade que não foi afetada diante da ausência de prova em sentido contrário. Modelo probatório que não se filiou ao sistema das provas legais segundo o qual os meios de prova registrariam valores aprioristicamente determinados pelo legislador. Livre convencimento motivado. Réu Josué que confessou a prática delitiva. Versão apresentada pelo acusado Felipe que restou afastada pelos demais elementos de prova.

4. DA DOSIMETRIA E DO REGIME PRISIONAL. 4.1. Do réu Josué - ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis que permitem a fixação da pena base em seu mínimo legal. Atenuante da confissão espontânea. Súmula n. 231 do STJ. Apreensão de quase um quilo de crack que era transportado entre cidades do interior paulista. Circunstâncias que apontam para a convergência de indícios de envolvimento do acusado em organização criminosa e de dedicação a atividades ilícitas. Impossibilidade de configuração do tráfico privilegiado o qual pressupõe cenário de pequena e/ou eventual traficância. Precedentes. Manutenção do regime inicial fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Incabível. Afastamento da pena de multa aplicada. Inviável. **4.2.** Do réu Felipe - ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis que permitem a fixação da pena base em seu mínimo legal. Agravantes ou atenuantes. Inexistentes. Apreensão de quase um quilo de crack que era transportado entre cidades do interior paulista. Circunstâncias que apontam para a convergência de indícios de envolvimento do acusado em organização criminosa e de dedicação a atividades ilícitas. Impossibilidade de configuração do tráfico privilegiado o qual pressupõe cenário de pequena e/ou eventual traficância. Precedentes. Manutenção do regime inicial fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Incabível. Afastamento da pena de multa aplicada. Inviável.

5. DO DISPOSITIVO. Recurso conhecido e parcialmente provido para: a) fixar a pena base no mínimo legal (ambos os réus); b) reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea em relação ao acusado Josué; c) readequar a pena imposta aos réus **FELIPE GUSTAVO MARIANO** e **JOSUÉ CARDOSO DA SILVA** em 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, ambos como incurso no artigo 33, caput, da Lei de Drogas, mantendo-se, no mais, a r. sentença.

Legislação Citada: CF/1988, art. 5º, X e LVI CPP, arts. 244, 573 Lei 11.343/2006, art. 33, caput.]

Jurisprudência Citada: STJ, AgRg no AREsp n. 1.403.409/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 04/04/2019 STJ, AgRg no HC 684062/SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato, DJe de 03/11/2021 STJ, AgRg no HC n. 961.098/SP, Rel. Min. Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 26/2/2025, DJEN de 5/3/2025 STJ, AgRg no HC n. 898.279/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 29/4/2024, DJe de 2/5/2024 STJ, HC n.º 165.561-AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02/02/2016 STJ, HC n.º 404.514-PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06/03/2018 STJ, HC 437.114/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018 STJ, HC 382.306/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017 STJ, AgInt no HC 241.207/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016 STJ, AgRg no AREsp 1769433/MS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 23/02/2021, DJe 02/03/2021 STJ, AgRg no REsp 1882286/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021 STJ, REsp 828.333/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 03/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 403

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **defesa**, em favor de **FELIPE GUSTAVO MARIANO** e **JOSUÉ CARDOSO DA SILVA**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito Lucas de Barros Moraes**, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itapetininga, que, julgando parcialmente procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenou os réus, cada qual, à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 583 dias-multa,

no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime tipificado pelo artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06. Na oportunidade, os acusados foram absolvidos da imputação do crime previsto no artigo 35, *caput*, da Lei de Drogas, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls. 199/205).

A defesa invoca, preliminarmente, a ilegalidade da abordagem e busca pessoal/veicular realizada, destacando que os policiais militares não comprovaram a existência de elementos objetivos e concretos que indicassem a fundada suspeita para a realização do ato. Pugna, ainda, pela reforma da r. sentença, com a absolvição dos réus, invocando, para tanto, a fragilidade probatória. Sustenta que o material probatório estaria circunscrito aos depoimentos apresentados pelos policiais responsáveis pela prisão dos acusados, depoimentos que devem ser recebidos com cautela, uma vez que fornecidos com parcialidade, já que tendem a legitimar as suas próprias condutas. Subsidiariamente, requer a aplicação da pena base em seu mínimo legal, a incidência da atenuante da confissão espontânea em relação ao réu **Josué**, o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fixação do regime prisional aberto e o afastamento da pena de multa imposta (fls. 218/247).

Contrarrazoado o recurso (fls. 253/258), a Douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Ely Manoel Bernal, opinou pelo improvimento do apelo defensivo (fls. 269/275).

É o relatório.

I - Do juízo de admissibilidade recursal

O recurso deve ser admitido.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a defesa se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas.

Também estão presentes os seus pressupostos subjetivos. A defesa possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

II – Da apelação interposta

II.1 – Breve síntese dos fatos e termos do processo

Os acusados foram processados porque, em data anterior ao dia 27 de abril de 2024, em horário e local incertos, associaram-se entre eles para o fim de praticarem, reiteradamente, o crime de tráfico de drogas. Consta, ainda, que no dia 27 de abril de 2024, por volta das 01:40 horas, na Estrada Raposo Tavares, km 135, bairro Cercado, na cidade de Sarapuí, na comarca de Itapetininga, os réus, previamente ajustados e com unidade de desígnios, transportavam, com a finalidade de venda e entrega a terceiros, um tijolo de crack, com peso líquido de 999,32g, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

De acordo com o narrado na denúncia, anteriormente à data dos fatos, os acusados se associaram para a prática do comércio de drogas, restando acordado entre eles que ambos seriam responsáveis pelo transporte dos entorpecentes para posterior comercialização. Assim, colocando em prática os fins da associação criminosa, no dia do ocorrido, os acusados transportavam as drogas no veículo VW/Jetta, placas FYZ8A44, ocasião em que receberam ordem de parada emitida por policiais militares que estavam em um dos pedágios da rodovia. Durante a abordagem, foram solicitados os documentos de **Felipe**, condutor do carro. Nenhuma irregularidade foi constatada. No entanto, questionados sobre o destino da viagem, os réus apresentaram informações contraditórias, o que despertou a atenção da equipe. Os policiais, então, deliberaram pela realização de busca veicular. No banco traseiro do automóvel, foi encontrada uma mochila em cujo interior havia um tijolo grande de crack.

A persecução penal foi instaurada através de portaria da autoridade

policial (fls. 01).

II.2 – Da prova oral produzida

Em juízo, o policial militar Richard Oliveira, responsável pela prisão dos acusados, confirmou os relatos ofertados em sede preliminar. Realizava fiscalização de trânsito na praça de pedágio, precisamente no quilômetro 135 da rodovia Raposo Tavares, sentido interior, ocasião em que deu ordem de parada ao condutor do veículo VW/Jetta. Disse que não foi detectada qualquer irregularidade na documentação exibida por **Felipe** o qual, contudo, mostrou-se demasiadamente nervoso com a abordagem. Solicitou a abertura do porta-malas para verificação dos equipamentos de segurança obrigatórios. Questionados acerca do destino da viagem, os acusados apresentaram versões colidentes, o que despertou a desconfiança da equipe e motivou uma busca veicular minuciosa. Confirmou o encontro de uma mochila sobre o banco traseiro em cujo interior havia um tablete de crack. Novamente indagados, os réus admitiram a propriedade da mochila. No entanto, disseram que não tinham conhecimento do conteúdo.

A mesma narrativa foi apresentada pelo policial militar Samuel Rodrigues, ouvido em sede preliminar.

Na delegacia, os réus permaneceram em silêncio.

Em juízo, **Felipe** negou a prática delitiva. Disse que além de proprietário de uma lanchonete na cidade, também realizava serviços de motorista. Afirmou que já conhecia **Josué** e que, por ocasião dos fatos, foi contratado para levá-lo até a rodoviária de Capão Bonito. Aceitou o trabalho. Destacou que **Josué** trazia consigo uma mochila. No trajeto, foram abordados pelos policiais militares. No mais, narrou que as drogas foram encontradas na referida mochila em contexto de busca veicular.

Em audiência, **Josué** admitiu a prática do delito. Disse que aceitou transportar os entorpecentes em razão de dívida que possuía com alguns traficantes. Afastou qualquer responsabilidade de **Felipe**, pessoa que contratou para levá-lo até a

rodoviária de Capão Bonito, onde entregaria a mochila com as drogas à pessoa desconhecida.

II.3 - Da alegação de ilicitude probatória

II.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

¹ 232 U.S. 383, 34 S.Ct., 341, 58 L.Ed. 652 (1914). LAFAYE, 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.

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 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

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

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

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 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.

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.

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 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.

II.3.2 - Da busca pessoal e da garantia constitucional da intimidade

Como se sabe, a busca pessoal implica restrição à garantia constitucional da intimidade (art. 5º, inciso X, CF), podendo recair sobre o investigado, acusado, vítima ou terceiro, abarcando suas vestes ou outros objetos ou coisas que estejam em contato com seu corpo. De forma excepcional, a busca pessoal poderá ser realizada sem ordem judicial, nas hipóteses previstas no art. 244, do Código de Processo Penal, quais sejam: a) no caso de prisão; b) quando houver “fundada suspeita” de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito ou c) no curso de medida de busca domiciliar. De tal dispositivo, portanto, depreende-se que o procedimento de revista pessoal

independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo esteja na posse de objetos ilícitos. Aqui, no conflito emergente entre a intimidade e o resguardo imediato da ordem pública, o legislador inclinou-se em favor do último. Nesse sentido, é o entendimento proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. **Nos termos do art. 244 do CPP, a busca pessoal independe de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. Hipótese em que o Tribunal de origem, diante das circunstâncias peculiares do caso - veículo parado em atitude suspeita, durante a madrugada, com quatro indivíduos em seu interior - entendeu haver fundada suspeita para a realização da abordagem pessoal, que resultou na apreensão de arma de fogo. A decisão vergastada está em consonância com o art. 244 do CPP e os elementos fáticos consignados no acórdão recorrido são legítimos para fins de busca pessoal. Rever a conclusão do aresto necessitaria do reexame do conjunto probatório, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental não provido"**

(STJ, AgRg no AREsp n. 1.403.409/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 04/04/2019)

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDAS MUNICIPAIS. ILEGALIDADE. DESVIO DE FUNÇÃO. **PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE AUTORIZADA. BUSCA PESSOAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. FUNDADAS RAZÕES. NÃO ENFRENTAMENTO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO SUMULAR N. 182/STJ. AUSÊNCIA. DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADAS. (...) III - A respeito da busca pessoal realizada, sabe-se que o artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal preceitua que será realizada "busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior". Por sua vez, o artigo 244 do aludido diploma legal prescreve que "a busca pessoal independe de mandado, no caso**

de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar". Da leitura dos referidos dispositivos, depreende-se que a revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo traz consigo objetos ilícitos. IV - In casu, ao contrário do que sustentado na presente insurgência, verificase que configuraram-se as fundadas razões exigidas pela lei processual, uma vez que o ora agravante, que trafegava por via pública já conhecida pelos agentes como ponto utilizado para a realização do comércio espúrio com uma sacola em suas mãos, ao notar a presença de equipe policial que realizava patrulhamento de rotina, apresentou acentuado nervosismo, o que causou estranheza nos milicianos, que decidiram, somente então, realizar a abordagem. Por conseguinte, havendo, de fato, fundada suspeita de que o paciente estava na posse de objetos ilícitos, não há que se falar em nulidade da busca pessoal realizada (...)

(STJ, AgRg no HC 684062/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato, DJe de 03/11/2021)

II.3.3 - Do caso concreto

Conforme demonstrado, os policiais militares realizavam fiscalização de trânsito em praça de pedágio localizada na rodovia Raposo Tavares, quando avistaram a aproximação do veículo conduzido por **Felipe**. Na ocasião, deram ordem de parada ao condutor e solicitaram a exibição de seus documentos pessoais e do veículo. Além disso, solicitaram que **Felipe** abrisse o porta-malas do carro para verificação dos itens de segurança obrigatórios. Ocorre que, na ocasião, os réus demonstraram demasiado nervosismo. Além disso, apresentaram narrativas colidentes em relação ao destino da viagem. Tais circunstâncias despertaram a atenção da equipe e motivaram a realização de uma busca veicular minuciosa. Na oportunidade, a mochila, que estava no banco traseiro foi aberta e, em seu interior, foi encontrado um tijolo de crack. Muito embora não haja informações acerca da realização de busca pessoal, não há dúvidas de que esta ocorreu. Afinal, trata-se de procedimento padrão adotado pela Polícia Militar diante de tais situações. De qualquer modo, não há que se falar em busca pessoal irregular e desmotivada, sobretudo porque os policiais estavam diante de dois rapazes surpreendidos na posse de grande quantidade de entorpecentes.

Nesse contexto, cumpre salientar que a ação dos policiais não se mostrou desarrazoada ou mesmo sem amparo no quadro de justa causa. Eram, como exposto, policiais militares que se encontravam no legítimo exercício de suas funções e, portanto, em patrulhamento/fiscalização de trânsito, destinado à prevenção e repressão imediata de práticas ilícitas e segurança viária. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ABORDAGEM EM FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO. FUNDADA SUSPEITA. BUSCA VEICULAR. VALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGA. 25 KG DE COCAÍNA. TRANSPORTE INTERESTADUAL. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 2. A defesa alega ilegalidade na busca veicular realizada e ausência de fundada suspeita para a busca veicular e falta de fundamentação idônea para a prisão preventiva. 3. Fato relevante. Durante abordagem policial em regular fiscalização de trânsito o veículo do paciente foi parado e após apresentar comportamento suspeito procedeu-se à busca veicular, sendo apreendidos um revólver calibre .22 com munições e 25 kg de cocaína em poder do paciente. II. Questão em discussão 4. As questões em discussão consistem em analisar: (i) se o habeas corpus pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal; (ii) se a abordagem e a busca veicular realizadas pela polícia militar foram ilegais por ausência de fundada suspeita; (iii) se a quantidade de drogas apreendidas, aliada ao modus operandi, é suficiente para justificar a prisão cautelar. III. Razões de decidir 5. **O art. 244 do Código de Processo Penal permite a realização de busca pessoal e veicular sem mandado judicial em casos de fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de objetos ilícitos ou de elementos que constituam corpo de delito.** 6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera legítima a abordagem policial, mesmo sem mandado, quando há circunstâncias que justifiquem a fundada suspeita, como a conduta atípica do abordado e a presença de indícios objetivos. 7. A abordagem e busca veicular realizadas pelos policiais durante fiscalização de trânsito encontram-se justificadas pelo comportamento do acusado durante a verificação da regularidade documental do veículo, despertando a aparência de alguma atividade ilícita. 8. A jurisprudência desta Corte Superior sustenta que a parada de veículos em fiscalização rotineira pela polícia, com posterior busca veicular, não viola direitos constitucionais e se enquadra nas situações de fiscalização

legítima, especialmente quando há indícios concretos de irregularidades. 9. As circunstâncias concretas do crime, como o modus operandi e a quantidade significativa de drogas apreendidas - 25 kg de cocaína-, justificam a manutenção da prisão preventiva, não havendo constrangimento ilegal. 10. O habeas corpus não é cabível como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade, o que não se verifica no presente caso. IV. Dispositivo e tese 11. Agravo regimental desprovido.

(STJ-AgRg no HC n. 961.098/SP, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 26/2/2025, DJEN de 5/3/2025.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E CONTRABANDO. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL E VEICULAR. INOCORRÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA PARA A ABORDAGEM DEVIDAMENTE COMPROVADA. ART. 244 DO CPP. PROCEDIMENTO DE ROTINA. CIGARROS DE ORIGEM ESTRANGEIRA ESCONDIDOS SOB UM LENÇOL NO INTERIOR DO VEÍCULO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Como é de conhecimento, a busca pessoal é regida pelo art. 244 do Código de Processo Penal. Exige-se a presença de fundada suspeita de que a pessoa abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. 2. Somado a isso, Ressalvadas as hipóteses em que o automóvel é utilizado para fins de habitação, equipara-se a busca veicular à busca pessoal, sem exigência de mandado judicial, sendo suficiente a presença de fundada suspeita de crime (AgRg no RHC n. 180.748/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023). **3. No caso, conforme destacado pelas instâncias ordinárias, o paciente foi abordado durante operação de rotina de fiscalização de trânsito promovida por policiais militares, com o intuito de averiguar a ocorrência de infrações administrativas de trânsito e crimes que supostamente ocorriam em rodovia no Estado de Minas Gerais. Com efeito, durante a apresentação de documentos pelo paciente, os agentes estatais visualizaram suposta carga encoberta por lençóis no banco traseiro do automóvel. Ao perguntar o que se tratava, o paciente teria dito que eram roupas, contudo foram encontrados cigarros de origem paraguaia, da marca "Madison Classic". No total, foram encontrados dentro do veículo 5.000 (cinco mil) maços de cigarros. Nesse panorama, apesar de estar com os documentos em ordem, o nervosismo do acusado (ciente de que se tratava de uma operação de fiscalização rotineira de trânsito) e o lençol ocultando os cigarros no banco traseiro fortaleceram a suspeita de que estaria na posse de elementos de corpo de delito.** 4. Assim, inexistente ilegalidade na abordagem realizada pela polícia, pois a busca pessoal e veicular foi exercida dentre dos limites da atuação policial ostensiva e preventiva. 5. Nessa linha de inteligência, A

Constituição que assegura o direito à intimidade, à ampla defesa, ao contraditório e à inviolabilidade do domicílio é a mesma que determina punição a criminosos e o dever do Estado de zelar pela segurança pública. O policiamento preventivo e ostensivo, próprio das Polícias Militares, a fim de salvaguardar a segurança pública, é dever constitucional (RHC 229514 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO, DJe-s/n DIVULG 20-10-2023, PUBLIC 23-10-2023). 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ-AgRg no HC n. 898.279/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 29/4/2024, DJe de 2/5/2024.)

Não houve, dessa forma, violação da garantia constitucional da intimidade decorrente de busca pessoal e veicular ilegal.

II.4 – Da valoração das provas produzidas. Da manutenção da condenação dos acusados

A materialidade foi demonstrada. As substâncias apreendidas foram submetidas a exame preliminar de constatação o qual apurou sinais positivos para cocaína (fls. 24/26). O resultado preliminar foi confirmado, ao final, com a juntada do laudo de exame químico toxicológico definitivo (fls. 27/30).

Não há dúvidas, igualmente, quanto à vinculação dos réus com as substâncias e que elas se destinavam ao consumo de terceiros.

Com efeito, os policiais militares Richard Oliveira e Samuel Rodrigues confirmaram, em juízo, os relatos ofertados em sede preliminar. Realizavam fiscalização de trânsito na praça de pedágio localizada no quilômetro 135 da rodovia Raposo Tavares, sentido interior, ocasião em que avistaram a aproximação do veículo conduzido por **Felipe**. Deram ordem de parada ao condutor que, prontamente, obedeceu ao comando emitido. Os documentos pessoais e do automóvel foram conferidos, não sendo detectada nenhuma irregularidade. Contudo, o nervosismo apresentado pelos ocupantes do carro e as narrativas discrepantes por eles apresentadas em relação ao destino da viagem, ensejaram uma vistoria minuciosa no automóvel e a busca pessoal. No banco traseiro foi encontrada uma

mochila em cujo interior havia um tijolo de crack. Indagado, **Felipe** admitiu a propriedade da mochila, afirmando, contudo, que não tinha conhecimento de seu conteúdo. **Josué**, da mesma forma, afirmou desconhecer a existência das drogas,

Não há razões para se desconsiderar a prova oral. A condição de policiais, por si só, não é suficiente para o afastamento do seu valor probatório. Afinal, a lei processual não se filiou ao modelo da prova tarifada segundo o qual os meios de prova registram valores pré-fixados. Ao contrário, a legislação filou-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 compromettesse a idoneidade das testemunhas policiais. Ademais, os relatos são coincidentes. Assim, a prova fornecida pelos policiais 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 dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso 3. Se as instâncias ordinárias entenderam suficientes e indicaram os elementos de prova que levaram ao reconhecimento do crime de tráfico, é certo que não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, porquanto demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via estreita do writ.

(STJ - HC n.º 165.561-AM, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02/02/2016).

Segundo 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.

(STJ - HC n.º 404.514-PE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª

Turma, j. 06/03/2018)

De mais a mais, o sistema probatório abraçado em nossa legislação afastou-se do sistema de provas legais segundo o qual os valores probatórios são previamente indicados pelo legislador. Ao contrário, adotou-se o sistema do livre convencimento racional. Dessa forma, as provas devem ser avaliadas em seu contexto. As provas produzidas levam à reconstrução histórica dos acontecimentos. Esta reconstrução, por sua vez, é posta em confronto com a imputação. Se dela houver identidade que afaste a possibilidade de ocorrência de fatos diversos, haverá coincidência a qual é imperiosa da procedência e, portanto, do édito condenatório.

De qualquer forma, sob o crivo do contraditório, o réu **Josué** confessou a prática delitiva, o que reforçou a prova acusatória, tornando certa a ocorrência do tráfico de drogas descrito na denúncia.

Por outro lado, sua tentativa em afastar a responsabilidade penal de **Felipe** restou frustrada diante dos demais elementos de prova produzidos. Com efeito, conforme exposto pelos policiais, **Felipe**, condutor do carro, apresentou demasiado nervosismo durante a entrevista com a equipe o que, somado às discrepâncias em relação ao destino da viagem, ensejou a busca pessoal e veicular, oportunidade em que as drogas foram encontradas na mochila. De outra feita, admitiu aos policiais que a mochila era de sua propriedade. Por fim, a sua atitude de permanecer em silêncio perante a autoridade policial não se mostra condizente com aquela que uma pessoa inocente teria ao se ver acusado da prática de tão graves fatos.

Dessa forma, a reconstrução histórica dos fatos, propiciada pela atividade instrutória, tornou certo os termos da imputação. Inviável a absolvição dos réus. Irrepreensível, nesse aspecto, a decisão de primeiro grau.

II.5 – Da qualificação jurídico-penal dos fatos

Os fatos apurados amoldam-se à figura delituosa tipificada pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. A quantidade, a natureza, as circunstâncias em que se

deram os fatos, os relatos ofertados pelos policiais e, por fim, a confissão de **Josué**, tornam indubitosa a destinação comercial.

Por outro lado, o fato de os réus não terem sido surpreendidos realizando atos de comércio não impede a afirmação do tráfico de drogas quando presentes outras circunstâncias indicativas da destinação comercial como quantidade, forma de acondicionamento e local dos fatos. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO PARA ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. RESPALDO LEGAL. CRIME PERMANENTE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DENÚNCIA. RÉU SOLTO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA APÓS DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ESTABELECIDAS. AUSENTAR-SE DA COMARCA SEM AUTORIZAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 7. **É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento"** (STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017). (...)

(STJ, HC 437.114/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. (ART. 5º, XI, CF). PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL SUI GENERIS DO ARTIGO 28 DA

LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVAS. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 4. **O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento.** 5. Habeas Corpus não conhecido.

(STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017).

Não há excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. Os réus são plenamente imputáveis.

III - Da dosimetria

III.1 – Do réu Josué

Na primeira fase, o i. Magistrado aplicou a pena base acima do mínimo legal e com o acréscimo de 1/6. Justificou o aumento em razão de o delito ter sido praticado em concurso de agentes. A operação comporta reparos.

Isso porque, o fato de o crime ter sido cometido em concurso de agentes, no caso em apreço, não reclama maior juízo de censura, haja vista que não tornou mais reprovável a conduta realizada.

Na segunda etapa, deixou o i. Magistrado de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, a qual ora reconheço. Não há, contudo, alteração do padrão punitivo diante da proscrição dada pela Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça⁸.

Na terceira fase, o i. Magistrado afastou a figura do tráfico privilegiado. Justificou a negativa em razão da dedicação do acusado à prática de atividades ilícitas, circunstância esta demonstrada diante da apreensão de grande quantidade de entorpecentes.

⁸ A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

A concessão do redutor era mesmo inviável.

A quantidade de drogas apreendidas chama atenção. Cuidava-se de quase um quilograma de crack. Além disso, os réus se deslocavam entre cidades para a entrega dos entorpecentes. Tais circunstâncias não são próprias da pequena traficância ou mesmo da condição do traficante eventual. Nesse sentido, os fundamentos aduzidos pelo i. Magistrado são válidos. O quadro permitia inferir o envolvimento dos réus em atividades criminosas. Nesse sentido, converge a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa”

(STJ - HC nº 353.182-MS, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 01.08.2016, VU).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. TRAFICANTE NÃO OCASIONAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. **Este Superior Tribunal tem decidido que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.** 2. Não obstante o acusado fosse tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, as instâncias ordinárias entenderam incabível a aplicação da minorante, sob o fundamento de que o transporte de elevada quantidade de drogas (quase doze quilos de cocaína), naquelas circunstâncias, não se compatibilizaria com a posição de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades delituosas, no seio dos objetivos de uma organização criminosa. 3. Embora as instâncias ordinárias hajam feito breve menção à quantidade de drogas apreendidas também na primeira fase da dosimetria, não houve bis in idem, porquanto foram apontados diversos outros elementos que justificam a impossibilidade de reconhecimento da minorante em questão. 4. Agravo regimental não provido.

(AgInt no HC 241.207/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. Segundo o entendimento firmado neste Tribunal Superior, a quantidade da droga apreendida bem como as circunstâncias do caso concreto constituem elementos aptos a justificar não só o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 como também a imposição de regime mais gravoso do que aquele previsto para o quantum da pena imposta.** 2. No caso, não se vislumbra ilegalidade na dosimetria da pena, tendo em vista que a Corte de origem baseou-se em fundamentação idônea, lastreada também na grande quantidade da droga apreendida - mais de 9kg (nove quilos) de maconha - para afastar a suscitada minorante e fixar o regime mais gravoso. 3. Agravo regimental desprovido.

(STJ-AgRg no AREsp 1769433/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 02/03/2021)

Existem, dessa forma, elementos concretos que evidenciam que as circunstâncias que cercaram a prática delituosa não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou mesmo com quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas. Por esse prisma, inviável a incidência do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Dessa forma, resta a pena final em **05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa.**

Por fim, o i. Magistrado fixou o **regime fechado** para o início do cumprimento da reprimenda, o que não merece reparos.

Há elementos concretos que demonstram a maior reprovabilidade da conduta diante da expressiva quantidade de drogas apreendidas em poder dos acusados. Não por outras razões afastou-se o tráfico em sua forma privilegiada.

Assim, a despeito da primariedade, as circunstâncias específicas do caso concreto, mormente a expressiva quantidade de drogas, justificam o estabelecimento do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §2º, do Código Penal. Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 FIXADA EM FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA. REGIME MAIS GRAVOSO. ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. QUANTIDADE SUFICIENTEMENTE ELEVADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...) 2. É firme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que a quantidade e a qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

3. Na espécie, o Tribunal a quo consignou, à e-STJ fl. 878, que foram apreendidas em poder do recorrente 1,909kg de maconha, 4g de cloridrato de cocaína (no interior do veículo), além de 350g de maconha e 77g de cloridrato de cocaína (na residência do réu). Nesse contexto, dada a alta nocividade de uma das substâncias em questão (cocaína), a quantidade das drogas apreendidas com o recorrente, in casu, se mostra suficientemente elevada para a não incidência da benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, constituindo fundamentação concreta e idônea para justificar a aplicação da benesse na fração intermediária de 1/4 (um quarto).

4. Quanto ao regime prisional, na hipótese dos autos, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, c/c o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, em que pese a reprimenda corporal final tenha sido fixada em patamar superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos - 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão -, inviável a imposição de regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, porquanto a quantidade e alta nocividade das drogas apreendidas justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado.

5. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tanto em razão da natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, no caso concreto, quanto pelo não preenchimento do requisito do art. 44, inciso I, do CP, diante do

quantum da pena aplicada. 6. Agravo regimental não provido.

(STJ-AgRg no REsp 1882286/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021)

Com relação à pena de multa, não há elementos que apontem para condições financeiras favoráveis da parte do réu. Assim, o valor do dia-multa é estabelecido em seu menor padrão monetário.

Nesse ponto, inviável o afastamento da pena de multa diante da alegada situação de hipossuficiência do réu.

É cediço tratar-se a multa de uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade ou mesmo em pena restritiva de direitos foi eliminada com o advento da Lei 9.298/96. O fundamento se dá no sentido de que a sua conversão violaria o princípio da legalidade. Dessa forma, a miserabilidade do condenado não autoriza a isenção ou dispensa do pagamento da multa que no caso, foi fixada no patamar mínimo, já considerada a sua situação econômica. Nesse sentido:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. (...) PENA DE MULTA. ISENÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (...) A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade. Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída. Remessa dos autos ao Tribunal a quo para redimensionamento da pena. Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator. (REsp 828.333/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 403)

III.2 – Do réu Felipe

Na primeira fase, o i. Magistrado aplicou a pena base acima do mínimo legal e com o acréscimo de 1/6. Justificou o aumento em razão de o delito ter

sido praticado em concurso de agentes. A operação comporta reparos.

Isso porque, conforme acima exposto, o fato de o crime ter sido cometido em concurso de agentes, no caso em apreço, não reclama maior juízo de censura, haja vista que não tornou mais reprovável a conduta realizada.

Na segunda etapa, não foram reconhecidas circunstâncias agravantes ou atenuantes. Agiu com acerto.

Na terceira fase, o i. Magistrado afastou a figura do tráfico privilegiado. Justificou a negativa em razão da dedicação do acusado à prática de atividades ilícitas, circunstância esta demonstrada diante da apreensão de grande quantidade de entorpecentes.

A concessão do redutor era mesmo inviável.

Conforme acima mencionado, a quantidade de drogas apreendidas chama atenção. Cuidava-se de quase um quilograma de crack. Além disso, os réus se deslocavam entre cidades para a entrega dos entorpecentes. Tais circunstâncias não são próprias da pequena traficância ou mesmo da condição do traficante eventual. Nesse sentido, os fundamentos aduzidos pelo i. Magistrado são válidos. O quadro permitia inferir o envolvimento dos réus em atividades criminosas.

Existem, dessa forma, elementos concretos que evidenciam que as circunstâncias que cercaram a prática delituosa não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou mesmo com quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas. Por esse prisma, inviável a incidência do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Dessa forma, resta a pena final em **05 anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa.**

Por fim, o i. Magistrado fixou o **regime fechado** para o início do cumprimento da reprimenda, o que não merece reparos.

Há elementos concretos que demonstram a maior reprovabilidade da

conduta diante da expressiva quantidade de drogas apreendidas em poder dos acusados. Não por outras razões afastou-se o tráfico em sua forma privilegiada. Assim, a despeito da primariedade, as circunstâncias específicas do caso concreto, mormente a expressiva quantidade de drogas, justificam o estabelecimento do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §2º, do Código Penal.

Com relação à pena de multa, não há elementos que apontem para condições financeiras favoráveis da parte do réu. Assim, o valor do dia-multa é estabelecido em seu menor padrão monetário.

Nesse ponto, inviável o afastamento da pena de multa diante da alegada situação de hipossuficiência do réu.

É cediço tratar-se a multa de uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade ou mesmo em pena restritiva de direitos foi eliminada com o advento da Lei 9.298/96. O fundamento se dá no sentido de que a sua conversão violaria o princípio da legalidade. Dessa forma, a miserabilidade do condenado não autoriza a isenção ou dispensa do pagamento da multa que no caso, foi fixada no patamar mínimo, já considerada a sua situação econômica.

IV - Do voto

Ante o exposto, **pelo meu voto, conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para: a) fixar a pena base no mínimo legal (ambos os réus); b) reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea em relação ao acusado Josué; c) readequar a pena imposta aos réus FELIPE GUSTAVO MARIANO e JOSUÉ CARDOSO DA SILVA em 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, ambos como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, mantendo-se, no mais, a r. sentença.**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MARCOS ZILLI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica