



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000344420

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501772-10.2024.8.26.0542, da Comarca de Osasco, em que são apelantes IAN DE JESUS e JOÃO VICTOR MONTEIRO DE SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Não conheceram da matéria preliminar e deram parcial provimento ao recurso para reduzir as penas do réu Ian de Jesus a cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, no piso mínimo, bem como para fixar ao réu João Victor Monteiro de Souza o regime prisional inicial semiaberto, mantida, no mais, a sentença, oficiando-se ao Juízo da execução penal. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA ZOMER (Presidente sem voto), FLAVIO FENOGLIO E ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 8 de abril de 2025.

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501772-10.2024.8.26.0542.

Comarca de Osasco.

Apelantes: Ian de Jesus e João Victor Monteiro de Souza.

Apelado: Ministério Público.

Voto nº 49.897.

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. **Caso em Exame** 1. Réus condenados por tráfico de drogas recorreram alegando nulidade da prova obtida sem mandato de busca e apreensão, no mérito buscando absolvição por coação moral irresistível. II. **Questão em Discussão** 2. A questão em discussão consiste em verificar o reconhecimento da excludente de culpabilidade por coação moral irresistível, uma vez que a questão da violação de domicílio já foi apreciada em habeas corpus e por isso não está sendo conhecida nesta apelação. III. **Razões de Decidir** 3. Não há prova firme de coação moral irresistível, sendo impossível reconhecer a excludente de culpabilidade. IV. **Dispositivo e Tese** 4. Recurso parcialmente provido para reduzir as penas dos réus. *Tese de julgamento:* A excludente de culpabilidade por coação moral irresistível exige prova incontestada da inexigibilidade de conduta diversa. **Legislação Citada:** Lei nº 11.343/2006, arts. 33 e 42; CPP, art. 156. **Jurisprudência Citada:** STJ, REsp nº 1.456.633, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 05.04.2016; STJ, AgRg no HC nº 828.714, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 25.09.2023; STF, AgR no RHC nº 170551, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 18.10.2019; STJ, HC 524.452/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 19.09.2019; STF, AgRg no HC 214.089, Rel. Min. Rosa Weber, j. 06.06.2022; STJ, AgRg no HC nº 576422, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 16.06.2020, STJ, REsp 1329088/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13.03.2013.

1. Por decisão da MMª Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Osasco, os réus Ian de Jesus e João Victor Monteiro de Souza foram condenados como incurso no artigo 33, “*caput*”, da Lei nº 11.343/2006, o primeiro a seis anos, cinco meses e vinte e três dias de reclusão e seiscentos e quarenta e sete dias-multa, no piso mínimo, e o segundo a cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, no piso mínimo, fixado

para ambos o regime prisional inicial fechado, porque no dia 06 de junho de 2024, por volta das 09h30min, na Rua da Paz, nº 132, Santa Maria, naquela cidade, agindo em concurso e com unidade de desígnios, guardavam e mantinham em depósito, para entrega a consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, oitocentas e trinta porções de maconha, pesando 890g, mil e sessenta porções de cocaína, pesando 858,4g, e oitocentas e dez porções de “*crack*”, pesando 183,9g, substâncias essas entorpecentes causadoras de dependência física e psíquica.

Inconformados, os réus apelaram arguindo em preliminar a nulidade da prova colhida, por ter sido obtida sem mandado de busca e apreensão e sem diligências posteriores à denúncia anônima. No mérito, buscam a absolvição pelo reconhecimento da excludente de culpabilidade da coação moral irresistível.

Regularmente processado o recurso, pelo desprovimento opinou a douta Procuradoria de Justiça.

É a síntese do necessário.

2. Desde logo se anota que a alegação de nulidade das provas obtidas com violação de domicílio já foi objeto de exame por esta Corte, que ao julgar o “*Habeas Corpus*” nº 2211410-03.2024.8.26.0000, impetrado em favor do réu João Victor, por votação unânime, denegou a ordem em 06 de setembro de 2024, afastando o vício invocado, em acórdão no qual ficou registrado: “(...) *não se vislumbra a ocorrência de manifesta ilegalidade na prisão em flagrante do paciente e nem na apreensão dos*

entorpecentes, pois o tráfico de tóxicos é delito permanente e por isso era lícito aos policiais ingressarem no imóvel em que ele estava, independentemente de mandado judicial ou de autorização de quem quer que fosse, dada a existência de fundadas razões indicativas da ocorrência desse crime no local. De fato, como se extrai dos documentos que instruíram a impetração e a ação penal, policiais integrantes do “GOE” realizavam patrulhamento de rotina e foram informados por um transeunte a respeito do forte odor de maconha que ele teria notado ao passar defronte a um barraco situado na Rua da Paz, altura do nº 132, o que motivou o deslocamento da equipe até o local indicado, onde eles também sentiram o cheiro da droga. Em razão disso, bateram à porta e foram atendidos pelo paciente e pelo corréu Ian, os quais autorizaram o ingresso deles no local e desde logo admitiram que guardavam as substâncias entorpecentes apreendidas a pedido de um indivíduo cuja qualificação desconheciam, pois do contrário seriam expulsos da comunidade. Ora, essas circunstâncias delinearam um cenário do qual se extraíam fundadas razões para crer que o imóvel estaria sendo utilizado como lugar de armazenamento de tóxicos para tráfico, -o que se confirmou com o sucesso da diligência-, a autorizar o ingresso dos policiais para cessar essa nefasta atividade criminosa, de modo que não há falar em abuso ou excesso na atuação dos agentes públicos e nem em ilicitude das provas arrecadadas naquela ocasião. Cabe lembrar que o egrégio **Supremo Tribunal Federal**, em sede de repercussão geral, estabeleceu ser legítima a entrada de policiais em domicílio alheio, sem ordem judicial, quando amparada a ação em fundadas razões, justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que revelem estar ocorrendo situação de flagrante delito (**RE nº 603.616, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 05.11.2015, DJe de 10.05.2015**) e nesse sentido tem decidido também o colendo **Superior Tribunal de Justiça**: “Nos casos de crime permanente, havendo fundada suspeita, é dispensável o mandado de busca e apreensão, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas” (**HC nº 487.050, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 26.03.2019, DJe de 09.04.2019**) e “PENAL. AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS.

TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DA DEFESA DE ILEGALIDADE POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME PERMANENTE. FORTE ODOR DE MACONHA. NERVOSISMO DO PACIENTE. RAZÃO PARA REALIZAR A BUSCA NO IMÓVEL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE 667 PORÇÕES DE CRACK (286,14 G), 1.605 INVÓLUCROS DE MACONHA (6.731,81 G), 1.244 INVÓLUCROS DE COCAÍNA (1.533,23 G) E 35 FRASCOS DE LANÇA-PERFUME.” (**AgRg no HC nº 423.838, 6ª Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 08.02.2018, DJe de 19.02.2018**). Na mesma linha: “AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INQUÉRITO POLICIAL. BUSCA DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSENTIMENTO ORAL DADO POR MORADOR. FUNDADAS RAZÕES PARA REALIZAÇÃO DA BUSCA: FORTE CHEIRO DE MACONHA VINDO DA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. QUESTIONAMENTO SOBRE A VALIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS POR POLICIAIS EM SEDE INQUISITORIAL QUE NÃO FOI EXAMINADO NA CORTE DE ORIGEM: SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (**AgRg no RHC nº 150.798, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 24.08.2021, DJe de 30.08.2021**) e, também: “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. NULIDADE DA PROVA. INGRESSO NA RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. FUNDADA SUSPEITA. CAMPANA PRÉVIA. ODOR DE MACONHA. PLANTAÇÃO E ESTRUTURA DE PRODUÇÃO DO ENTORPECENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.” ((**AgRg no HC nº 711.424, 6ª Turma, Relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), julgado em 17.05.2022, DJe de 20.05.2022**) e, ainda: “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. BUSCA PESSOAL. ABORDAGEM POLICIAL. FUNDADAS RAZÕES. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO.

INEXISTÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO NO IMÓVEL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça restringe a admissibilidade do habeas corpus quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via própria. 2. Os policiais perceberam que o réu aparentava estar assustado quando se aproximaram da residência. Havia odor de maconha no local, e após indagar o acusado se havia algo de ilícito em sua casa, este negou e franqueou a entrada. Após a vistoria no local, encontraram 8 tabletes de maconha. O réu confessou que estava guardando as drogas em troca de dinheiro. Presente a justa causa para o ingresso em domicílio. 3. Para superar as conclusões alcançadas na origem e chegar às pretensões apresentadas pela parte, é imprescindível a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. 4. Agravo regimental não provido.” (AgRg no HC nº 790.579, 5ª Turma, Relatora Ministra Daniela Teixeira, julgado em 11.06.2024, DJe de 25.06.2024). Assim, diante da existência de fundadas razões de que no interior do imóvel estaria a se desenrolar crime permanente, extraídas das circunstâncias que antecederam o ingresso dos policiais no local, de se concluir como lícita a ação policial que culminou na prisão do paciente e apreensão dos entorpecentes. Demais disso, conforme o relatado pelos policiais, o paciente teria autorizado o ingresso deles no imóvel, o que, por si só, rechaça a tese fundada na ilicitude da diligência. Ainda que assim não fosse e em acréscimo ao que já se explicitou a respeito da legalidade da diligência policial aqui questionada, observa-se que tanto o paciente, quanto o corréu Ian, informaram residir em imóvel diverso daquele onde se deu a diligência que resultou na apreensão do entorpecente e na prisão deles (fls. 4/5 do processo-crime), o que constitui indício concreto de que eles utilizavam o barraco onde foram presos como depósito de drogas para o tráfico, situação evidentemente não acobertada pela inviolabilidade garantida pela Constituição, que protege o “domicílio como expressão do direito à intimidade” (HC nº 659.527/SP, 6ª Turma, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 19.10.2021, DJe de 25.10.2021), o que pressupõe seja o local tomado como reduto da privacidade, um refúgio pessoal de seu morador,

hipótese bem diversa da retratada nos autos. (...)”.

Diante disso, descabe aqui reapreciar matéria já decidida por esta Corte, de modo que, prejudicada está a análise da preliminar, cumprindo agora só o exame do mérito do recurso interposto.

A materialidade delitiva ficou provada pelo auto de exibição e apreensão e pelos laudos de constatação e de exame toxicológico, atestando ser maconha, cocaína e “*crack*” o material analisado, substâncias entorpecentes causadoras de dependência física e psíquica (fls. 14, 18/21 e 115/117).

A autoria delitiva e o dolo com que os réus agiram também não comportam dúvida, notadamente em face da reiterada confissão deles, admitindo a posse e a destinação do tóxico a terceiros e dos harmônicos relatos dos agentes públicos inquiridos, contra quem nada se demonstrou que tísasse de parcialidade seus depoimentos, deixando certa a apreensão do entorpecente em poder dos apelantes para fins de tráfico (fls. 4/5, 8/9 e mídia digital), tudo bem analisado na respeitável sentença recorrida, que acertadamente concluiu pela responsabilidade penal dos acusados.

No exame do inconformismo, impossível reconhecer a excludente de culpabilidade fundada na coação moral irresistível, pois ela deve se mostrar insuperável, atual e inevitável a ponto de se poder reconhecer na hipótese a inexigibilidade de conduta diversa, e disso há de se fazer prova firme e incontestada, do que os apelantes não se desincumbiram.

De fato, os réus foram surpreendidos a

guardar quase dois quilos de maconha, cocaína e “*crack*” e, a despeito de afirmarem terem sido coagidos a assim agir para não serem expulsos da comunidade, é certo que nenhuma prova concreta e efetiva nesse sentido eles produziram, embora isto lhes competisse, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Como é cediço, a excludente invocada só pode ser reconhecida quando comprovado, sem sombra de dúvida, que do agente não se poderia exigir conduta diversa, em face da atuação ameaçadora de terceiro a interferir no pleno domínio de sua vontade, até porque, do contrário, estar-se ia conferindo um “*bill de indenidade*” a qualquer um que se dispusesse a guardar e a manter entorpecentes em “*casa-bomba*” e sem prova alguma invocasse a excludente, o que seria um rematado absurdo, por dar azo à prática dessa grave conduta delituosa impunemente.

Como já assentou o colendo Superior Tribunal de Justiça, “*A inexigibilidade de conduta diversa somente funciona como causa de exclusão da culpabilidade quando proceder de forma contrária à lei se mostrar como única alternativa possível diante de determinada situação.*” (REsp nº 1.456.633, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 05.04.2016, DJe de 13.04.2016) e não há falar em reconhecimento dessa causa excludente de culpabilidade quando não se verifica “*elemento de prova idôneo a confirmar que o acusado tenha sido, efetivamente, submetido a temor insuportável, de modo a não ser possível a escolha de outro caminho*” (AgRg no HC nº 828.714, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25.09.2023, DJe de 27.09.2023).

Frente a tais considerações, impossível

reconhecer ter havido coação moral e que, se esta ocorreu, ela teria sido de tal monta que não tinham os apelantes condições de resistir a ela, de modo que a absolvição buscada pelos réus não pode ser acolhida, revelando-se correto, tal como posto, o bem lançado decreto condenatório impugnado.

Quanto à dosimetria, verifica-se ter sido a pena-base para cada um dos réus fixada em um sexto acima do menor patamar legal para a espécie, ou seja, em cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, no piso mínimo, considerando a natureza e elevada quantidade das drogas apreendidas, o que encontra amparo no artigo 42 da Lei Antitóxicos. Nesse sentido o Pretório Excelso já decidiu que “(...) 4. *O STF tem entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga apreendida justificam a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal (HC 126.055, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 122.299, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 118.389, Rel. Min. Teori Zavascki).* 5. *Agravo regimental desprovido*” (**AgR no RHC nº 170551, 1ª Turma, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 18.10.2019, DJe de 30.10.2019**) e na mesma trilha é a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça (**AgRg no HC nº 557946/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 03.03.2020, DJe de 09.03.2020**).

Na segunda etapa do cálculo, a digna magistrada aumentou as penas do réu Ian em um terço em face da reincidência específica (fl. 49) e, em seguida, as diminuiu em um sexto por conta da atenuante da confissão espontânea, o que não pode prevalecer.

De fato, cabe observar que, sobre a matéria, esta Câmara Criminal adota o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “*não há qualquer óbice*

à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica.” (HC 524.452/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 19.09.2019, DJe de 24.09.2019), de modo que as penas do réu lan se mantêm no patamar fixado anteriormente, ou seja, em cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, no piso mínimo.

Diante da reincidência do réu lan, era de fato inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antitóxicos, por expressa vedação legal, e pela mesma razão e em face do montante da sanção carcerária imposta, não era possível a imposição de sanções alternativas e o regime prisional inicial fechado era o único cabível na hipótese, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, do Código Penal.

Quanto ao réu João Victor, reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, as penas retornaram ao menor patamar legal, ou seja, a cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, no piso mínimo.

Em seguida, como anotado na respeitável sentença apelada, era mesmo inviável o reconhecimento do tráfico privilegiado para esse apelante porque *“Embora primário o agente, é certo que em 2021 ostenta passagem por ato infracional análogo ao tráfico de drogas, o que, aliado à quantidade de drogas deixadas em seu poder, indica a vinculação com o meio criminoso, afastando-se a figura do traficante eventual”* (fl. 209).

Ainda que a mera existência de atos infracionais, por si só, não impeça a concessão do benefício em questão, como ficou assentado pelo egrégio Supremo Tribunal

Federal (AgRg no HC 214.089, 1ª Turma, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 06.06.2022, DJe de 09.06.2022), é bem de ver que as circunstâncias que envolveram os fatos revelam, de forma clara e segura, que o réu João Victor não é neófito na mercancia ilícita de entorpecentes, mas se dedica a essa atividade de forma habitual, o que se denota pela expressiva quantidade e variedade de drogas com ele apreendidas (*quase dois quilos de maconha, cocaína e “crack” fracionados em duas mil e setecentas porções*), tudo a revelar um efetivo envolvimento dele e dedicação à essa atividade ilícita pelo menos desde o ano de 2021 (fl. 52).

Como já assentou o colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, *“Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006” (HC n. 370.166/RS, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 14/12/2016)* (AgRg no HC nº 576422, 6ª Turma, Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, julgado em 16.06.2020, DJe de 25.06.2020).

Demais disso, não há como incidir no caso a redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Antitóxicos, pois esse dispositivo legal prevê a possibilidade de aplicação de pena atenuada aos chamados *“pequenos traficantes”*. Nesse exato sentido a manifestação do Relator na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, para o PLS nº 115/2002, da Lei nº 11.343/2006, em parecer de 10 de fevereiro de 2004; no qual se observou: *“Não nos olvidamos da diferença existente entre pequenos e grandes traficantes. Por isso, mantivemos uma causa especial de diminuição da pena para o agente que seja primário e de bons antecedentes e cuja conduta se caracterize por ausência de*

habitualidade e caráter não profissional”.

Como já assentou o colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, “[a] criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização” (REsp 1329088/RS, Terceira Seção, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 13.03.2013, DJe de 26.04.2013).

Ora, verte claramente dos autos haver elementos concretos a indicar que o réu João Victor não se enquadra mesmo na hipótese de “pequeno traficante” ou de “traficante de menor potencial ofensivo”, tudo isso a deixar indubitado que faz desse nefasto comércio seu meio de vida, que não merece o beneplácito da lei, a qual nessa situação deve ser imposta com o rigor necessário, até mesmo para desestimular condutas dessa natureza e reprimir, na exata medida de sua culpabilidade, tal atividade que tantos malefícios causam à nossa sociedade.

O montante da pena carcerária imposta ao réu João Victor impede a substituição dela por sanções restritivas de direitos, mas tratando-se de apelante jovem, primário e confesso, que ainda pode se emendar, cabe fixar o regime prisional inicial semiaberto, que melhor se amolda à espécie.

Portanto, para os fins especificados é que se impõe o parcial provimento do recurso.

3. Destarte, pelo meu voto, não se conhece da matéria preliminar e dá-se parcial provimento ao recurso para reduzir as penas do réu Ian de Jesus a cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, no piso mínimo, bem como para fixar ao réu João Victor Monteiro de Souza o regime prisional inicial semiaberto, mantida, no mais, a sentença, oficiando-se ao Juízo da execução penal.

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ
- Relator -