



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000354148

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501476-34.2024.8.26.0559, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante WESLEY DANIEL COELHO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) E ROBERTO PORTO.

São Paulo, 9 de abril de 2025.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501476-34.2024.8.26.0559

Apelante: Wesley Daniel Coelho

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São Paulo -SP

MM. Juiz de Direito Dr.(a). Isabela Falcoski Loureiro

Voto nº 6784

Julgamento Virtual.

Apelação criminal – Tráfico de drogas – Recurso defensivo – Sentença condenatória – Preliminar de ilegalidade da abordagem do réu e da busca e apreensão domiciliar ocasionando ilicitude de provas derivadas – Incabível – Não demonstrada a alegada violência policial – Robustos indícios de traficância – Crime permanente – Diligências frutíferas – Preliminar rechaçada – Absolvição – Impossibilidade – Materialidade e autoria suficientemente comprovadas – Depoimentos das testemunhas de acusação coerentes, respaldado no acervo probatório coligido – Intuito mercantil evidenciado – Delito suficientemente comprovado – Desclassificação da imputação para uso (art. 28 da Lei de Drogas) – Descabimento – Condição de usuário que, por si só, não elide a possibilidade de dedicação do acusado ao comércio ilegal de entorpecentes – Condenação mantida – Dosimetria – Pena-base fixada acima do mínimo legal devidamente fundamentada nos maus antecedentes – Exasperação com esboço no entendimento esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, ao qual deve haver a incidência da fração de 1/6 para cada vetor negativo reconhecido na pena basilar – Segunda fase – Reincidência – Inexistência de bis in idem por não haver dupla valoração de uma mesma condenação na primeira e segunda fase da dosimetria – Confissão parcial ou qualificada não é hábil à mitigação da reprimenda

– Súmula 630 do STJ – Terceira fase – Ausentes majorantes e minorantes – Inaplicabilidade do redutor previsto no §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, por ausência dos requisitos legais – Inaplicabilidade da causa redutora do art. 41 da Lei de Drogas, eis que não houve colaboração do réu a ponto de autorizar a redução da pena nesta etapa – Impossível o redimensionamento isolado da pena de multa, expressamente prevista no preceito secundário do tipo penal, devendo guardar proporcionalidade com as penas privativas de liberdade – Regime inicial fechado justo e proporcional para reprovação do delito praticado e ante as circunstância do caso concreto – Incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e o sursis penal – Recurso improvido.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **WESLEY DANIEL COELHO**, contra a r. sentença de fls. 185/193, que julgou procedente a ação e o condenou à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, mantendo-se a prisão cautelar do réu.

Irresignado, apela o sentenciado aduzindo, preliminarmente, a tese de nulidade do feito pela ilicitude do flagrante e

das provas derivadas, aventando ilegalidade na abordagem e na busca e apreensão domiciliar. No mérito, pleiteia a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pugna pelo redimensionamento da reprimenda para que seja adotada a elevação de 1/8 da pena-base; reconhecida a atenuante da confissão espontânea; aplicada a minorante do art. 41 da Lei de Drogas; fixado regime menos gravoso; realizada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e, por fim, reformada a pena de multa por ser o réu hipossuficiente. (fls. 200/226)

Regularmente processado o apelo, vieram as respectivas contrarrazões (fls. 231/236) após o que a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso. (fls. 257/261)

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

WESLEY DANIEL COELHO foi processado e condenado às penas já mencionadas porque, nas condições de tempo e local descritas na exordial acusatória: *“transportava e trazia consigo, para fins de entrega a consumo por terceiros, 4 porções de cocaína na forma de crack pesando 5,43 gramas, bem como guardava e tinha em depósito, em sua residência, 35 porções de maconha pesando 150,36 gramas, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação*

legal e regulamentar.

O denunciado caminhava pelo bairro Jardim Mugnani trazendo consigo em suas vestes, para fins de tráfico, 4 porções de crack, quando avistou uma viatura da Polícia Militar e repentinamente mudou sua trajetória, o que foi visto pelos policiais e percebido como comportamento de que pudesse estar levando consigo algo de ilícito, pelo que os policiais o abordaram e o submeteram a busca pessoal, sendo encontrada aquelas 4 porções de crack, e ao ser indagado WESLLEY disse que a droga se prestava à venda e havia mais em sua casa, de modo que, já caracterizada a situação de flagrante e ante a admissão pelo denunciado de que havia mais droga em sua casa, os policiais para lá seguiram e encontraram 35 porções de maconha, juntamente com o documento pessoal dele, acondicionados no interior de uma mochila, que ele guardara naquele quintal, sendo preso em flagrante e tendo tido a prisão preventiva decretada em audiência de custódia.

Auto de exibição e apreensão dos entorpecentes se encontra a fl. 11 e laudo de constatação preliminar a fls. 30-35.

WESLLEY é reincidente em tráfico de drogas e receptação (fls. 38-41).” (fls. 65/67)

julgada procedente para condenar o sentenciado nos moldes acima mencionados.

Preliminarmente, a tese de nulidade da prova colhida pela ilegalidade da abordagem e da busca e apreensão domiciliar, ferindo-se o artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, não merece prosperar.

Verte dos autos que os policiais militares estavam em patrulhamento no Bairro Mugnani, em local conhecido como ponto de venda de drogas (*“O local era propício para venda de drogas, é um ponto conhecido.”* – fls. 188), quando avistaram um indivíduo, posteriormente identificado como WESLEY DANIEL COELHO, o qual, ao notar a presença dos castrenses, mudou sua trajetória imediata e abruptamente, em atitude suspeita, aparentando nervosismo. Assim, os agentes decidiram realizar a abordagem, tendo sido localizadas, em busca pessoal, quatro porções de crack no bolso da bermuda do inculpado, o qual, indagado, confessou comercializar entorpecentes e admitiu ter mais drogas em sua residência, indicando o endereço.

No local, conforme salientado pelos policiais, **tanto WESLEY, quanto NATÁLIA E MARILIA, moradoras da residência, franquearam a entrada dos agentes (fls. 02, 03 e mídias de fls. 184),** tendo sido ali localizadas mais trinta e cinco porções de

maconha, bem como o documento pessoal do acusado, no interior de uma mochila (fls. 12, 13 e 14).

A natureza ilícita das substâncias foi comprovada nos laudos periciais de constatação e toxicológico definitivo (fls. 30/35 e 127/129).

Dessa forma, na espécie, confirmando a fundada suspeita de ilicitude que recaia sobre o apelante, a abordagem e a diligência, realizadas em contexto de flagrante delito, foram frutíferas, **denotando-se escorreito tirocínio policial**, eis que o réu transportava, trazia consigo, guardava e tinha em depósito, quantidade considerável de drogas variadas, em clara situação de comércio espúrio de entorpecentes, cuja nocividade é elevada, evidenciando objetivo de mercancia.

Como se vê, portanto, não se tratou de abordagem imotivada, abusiva, preconceituosa ou de qualquer forma ilegal. Ficou evidente que os policiais militares desempenhavam sua função constitucional e legal de coibir o crime com patrulhamento ostensivo e preventivo, o que efetivamente fizeram quando o comportamento do increpado levantou fundadas suspeitas de que estava em estado flagrancial, algo que se confirmou completamente (fls. 11). Entendo que, na situação descrita, houve fundadas razões para a busca pessoal,

que foram devidamente justificadas *a posteriori*, indicando a situação de flagrante delito.

Ainda, não se pode olvidar que, em um primeiro momento, a legalidade da atuação policial, culminando na homologação da prisão em flagrante do réu, e sua conversão em preventiva, já foi devidamente apreciada na decisão de fls. 45/46 do D. juízo de piso, e não houve alteração fático-probatória nesse sentido.

No mais, encontra-se isolada no feito a alegação de que, durante a abordagem policial, teria havido suposta “tortura” do increpado, inexistindo nos autos qualquer prova de coação ou truculência. Nesse ínterim, é pertinente rememorar que o WESLLEY foi preso em flagrante delito em 22/07/2024 às 02h23min (fls. 07/09), e o exame de corpo de delito do preso, realizado no mesmo dia, às 03h56min, revelou lesões corporais secas (fls. 36/37), denotando incompatibilidade com a narrativa ofertada pela defesa.

Em complemento, ao ser indagado na fase indiciária, WESLLEY, segundo consta nos autos, afirmou não ter sido submetido a tortura ou agressão física pelos policiais: “Em sede de realização da audiência de apresentação e garantias, conforme o artigo 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e art. 304 do CPP, foi o interrogado perguntado: Não submetido a tortura ou a

agressão física pelos policial militares e nem pelos policiais civis responsáveis pela prisão em flagrante;” (fls. 04)

No que tange à suposta violação domiciliar, a alegação não possui respaldo probatório, eis que, consoante o firme relato policial, o próprio inculcado e as moradoras do imóvel franquearam a entrada dos agentes, tendo o réu confirmado que, na época dos fatos, estava residindo no endereço por ele indicado e diligenciado pelos castrenses.

Repise-se ainda que o crime de tráfico de drogas (artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06), notadamente na modalidade **“ter em depósito” e “guardar”**, é classificado como crime permanente, cujo estado de flagrância se protraí no tempo, sendo, assim, dispensável a apresentação de mandado judicial para o ingresso forçado na residência do acusado, pois amparado em fundada razões, nos termos da tese exarada no Tema 280 - Repercussão Geral - STF.

É este o entendimento de Renato Brasileiro:

“O art. 33 da Lei de Drogas prevê algumas condutas que são permanentes, como, por exemplo, a de expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar. Essa natureza permanente de algumas modalidades do tráfico de drogas traz consigo algumas consequências, a saber: 1) Prisão em flagrante:

enquanto não cessar a permanência, o agente encontra-se em situação de flagrância, ensejando, assim, a efetivação de sua prisão em flagrante, independentemente de prévia autorização judicial. Nos exatos termos do art. 303 do CPP, “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”; 2) Violação domiciliar independentemente de prévia autorização judicial: em seu art. 5, XI, a própria Constituição Federal autoriza a violação ao domicílio nos casos de flagrante delito, seja durante o dia, seja durante a noite, e independentemente de prévia autorização judicial. Em relação aos crimes permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Logo, estando o agente em situação de flagrância no interior de sua casa, será possível a violação ao domicílio mesmo sem mandado judicial.

(LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Salvador: Juspodivm, 2017. Página 1.008) (grifos nossos).

No ponto, o STJ já se manifestou:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FLAGRANTE DE CRIMES DE POSSE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES, E TRÁFICO DE DROGAS NA MODALIDADE “TER EM DEPÓSITO”. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. CRIME PERMANENTE. AUSÊNCIA DE

ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1.

“Tratando-se o delito de tráfico de entorpecentes, nas modalidades “ter em depósito” ou “guardar”, de crime permanente, mostra-se prescindível o mandado judicial em caso de flagrante delito (precedentes)” (HC 378.323/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 25/4/2017). 2. Verifica-se que foi constatada a existência de indícios prévios da prática da traficância, a autorizar a atuação policial, não havendo falar em nulidade da prisão em flagrante no interior do domicílio do agente por ausência de mandado judicial. 3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC 626.817/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2021, DJe 19/11/2021)

Desta feita, evidenciada a prática do crime em comento, é desnecessária a apresentação de prévio mandado de busca e apreensão, ou mesmo autorização, para que se ingresse no domicílio, seja durante o dia, seja durante a noite (HC 273.141), daquele que se encontra cometendo o delito.

Por fim, frise-se que o entendimento adotado pelo Pretório Excelso impõe que os agentes estatais devem permear suas ações, em tais casos, motivadamente e com base em elementos probatórios mínimos que indiquem a ocorrência de situação flagrante, de

modo que **a justa causa não exige a certeza da ocorrência de delito, mas, sim, fundadas razões a respeito, como ocorreu no caso em análise** (STF, AgRg no RExt nº 1.358.185/GO, Rel. Ministro Nunes Marques, Segunda Turma, j. 16/5/2022; STF, Ag.Reg. no RExt com Agravo nº 1.411.272/SC, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 17/2/2023).

Portanto, a tese preliminar deve ser rechaçada.

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

A materialidade do delito foi comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 1); Boletim de Ocorrência (fls. 7/9); Auto de Apreensão (fls. 11); Fotografias (fls. 12/14); Laudo de Constatação (fls. 30/35); Laudo Toxicológico Definitivo (fls. 127/129); bem como pela prova oral produzida.

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

Na fase indiciária, o réu manteve-se silente (fls. 04/05).

Sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, negou o crime imputado.

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

“O acusado, em interrogatório, afirmou que estava voltando da casa de sua namorada. É usuário de drogas e não queria que a família soubesse. Estava com as drogas na mão e foi abordado pelos policiais. Relatou ter sido agredido pelos policiais e, por isso, indicou onde era sua residência. A droga encontrada na sua residência (maconha) era para consumo próprio. Sempre vinha para Rio Preto.”
(fls. 188/189 e mídias de fls.184)

Por outro lado, em juízo, as testemunhas de acusação **LEANDRO SANTIAGO BARRETO** e **VINICIUS GENASCOLI TOME**, policiais militares, confirmando os relatos extrajudiciais (fls.02 e 03), bem narraram como se deram os fatos:

“A testemunha policial militar Leandro Santiago Barreto indicou que a viatura realizava patrulhamento preventivo pela via, momento em que o acusado, ao avistar a viatura, mudou bruscamente a trajetória. Na abordagem, localizaram 4 (quatro) porções de crack no bolso do acusado, sendo que confessou que praticava tráfico de drogas e que, na residência, havia certa quantidade de entorpecentes. Na residência, a entrada foi franqueada por Natália e

Marília. O acusado acompanhou a diligência e apontou a mochila em que estavam as drogas e um documento de identidade. Não conhecia o acusado. Ele foi advertido de seus direitos. O acusado relatou que a residência era de ambas, que acolheram o indivíduo. Apenas Natália e Marília estavam no local, que alegaram desconhecer a prática de tráfico de drogas.

A testemunha policial militar Vinicius Genascoli Tome, da mesma forma, indicou que realizavam patrulhamento pelo bairro e o acusado mudou de direção ao ver a equipe, aparentando nervosismo. Na abordagem, encontraram 4 (quatro) porções, no bolso da frente, que aparentavam ser crack; o acusado confessou a prática de tráfico de drogas e relatou que havia mais drogas em sua residência. No local, Natália e Marília autorizaram a entrada na residência e o acusado acompanhou a diligência. O acusado indicou uma mochila na residência, em que havia mais droga e seu documento de identidade. O local era propício para venda de drogas, é um ponto conhecido. O acusado colaborou com os policiais.” (fls. 187/188 e mídias de fls. 184)

As testemunhas de defesa **MARIA APARECIDA NOVAIS DA SILVA** e **ELISA COELHO DA SILVA**, tia do acusado, relataram em juízo:

da Silva conhece o acusado da casa de Natália, que deu abrigo ao Wesley. Sabe que o acusado mora em Lins e que trabalha como o avô. Não sabia de envolvimento do tráfico de drogas. Além da Natália, mora a mãe da Natália, as crianças e o marido de Natália. O Wesley estava na casa há 1 semana.

A testemunha de defesa Elisa Coelho da Silva é tia do acusado, e mora com ele em Lins. Ele estava em São José do Rio Preto para visitar a irmã dela. Sabia que era usuário, mas não tinha conhecimento do envolvimento do acusado com o tráfico de drogas.”
(fls. 188 e mídias de fls. 184)

De tal modo, diante de todos os elementos obtidos no curso da instrução, verifica-se que a prova produzida sob o crivo do contraditório é segura no sentido de determinar a responsabilidade criminal do apelante pelos fatos narrados na exordial acusatória, até porque a materialidade delitiva ficou comprovada pelo laudo pericial de fls. 127/129.

Os testemunhos de policiais, que são dotados de presunção de veracidade, merecem fé até prova em contrário, pois se deduz dos autos que não há nenhuma demonstração concreta de irregularidade ou arguição que tenha fundamento a ponto de macular o quadro probatório.

Outrossim, tem-se que sua atuação foi pautada por estrita legalidade, inexistindo sequer indícios de suposta inidoneidade, propósito ou interesse em incriminar falsamente o réu.

Além de todo o exposto, constituiria notório contrassenso o Estado dar crédito aos agentes de segurança para atuarem na prevenção e repressão da criminalidade e negar-lhes esse mesmo crédito quando, perante o Estado-juiz, dão conta das suas atividades.

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

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

“[...] Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar

sua imprestabilidade.” (HC 436.168/RJ, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018).

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

Nesse sentido:

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

pelo acusado. 5. Agravo regimental não provido” (AgRg no AREsp 1624427/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 23/03/2020).

Os depoimentos dos agentes públicos merecem total credibilidade e servem, perfeitamente, como supedâneo para prolação de sentença condenatória, uma vez que harmônicos e sintonizados com os seus depoimentos prestados extrajudicialmente e com as provas dos autos.

Por outro lado, o increpado, em juízo, limitou-se a tentar apontar uma ilegalidade na atuação dos agentes policiais, afirmando ter confessado a traficância tão somente porque foi agredido pelos castrenses, o que, contudo, restou isolado nos autos. A referida alegação discrepa do afirmado pelo réu em seu interrogatório indiciário (*“foi o interrogado perguntado: Não submetido a tortura ou a agressão física pelos policial militares e nem pelos policiais civis responsáveis pela prisão em flagrante;”* - fls. 04/05), e a Defesa não trouxe aos autos comprovação contundente de truculência ou violência policial, sendo pertinente salientar que o laudo de fls. 36/37 não corrobora essa tese, conforme acertadamente ponderado pelo MM. Juiz de Direito na audiência de custódia (fls. 45/46).

A legalidade da atuação policial já foi devidamente enfrentada na análise prefacial, de modo que a tese defensiva que pretende ferir a atuação da equipe não encontra lastro no caso em tela, não podendo os direitos e garantias consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil – os quais sabidamente não são ilimitados – serem utilizados como escudo da prática de atividades ilícitas, afastando ou reduzindo a responsabilidade penal por atos criminosos devidamente apurados, sob pena, inclusive, de se deturpar sua teleologia.

Outrossim, a despeito da judiciosa manifestação defensiva de que o réu era apenas usuário de drogas, pretendendo, assim, a desclassificação do delito, é evidente o intuito mercantil dos entorpecentes apreendidos. E os dizeres das testemunhas de defesa em nada serviram à elucidação dos fatos em tela.

No ponto, anote-se que, consoante auto de exibição e apreensão (fls. 11), foram apreendidas, em poder do réu e em sua residência, no total, **4 porções de crack e 35 porções de maconha**, constatada a natureza ilícita das substâncias altamente nocivas pelo laudo de exame químico-toxicológico (fls. 127/129), quantidade consideravelmente superior à necessária para o consumo pessoal,

evidenciando-se a traficância também pela forma de acondicionamento das drogas (fls. 12/14).

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

Nesse sentido é o entendimento do C. STJ:

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

1708569, Rel. Min. Ribeiro Dantas, data de publicação: 06.03.2018).

Logo, a Defesa não trouxe nenhum elemento de convicção capaz de realmente depreciar as provas acusatórias já mencionadas, eis que não evidenciada qualquer intenção de graciosamente prejudicar o recorrente no caso concreto (art. 156 do CPP).

Assim, não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas, tampouco em *in dubio pro reo*.

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

Com isso, resta, apenas, analisar a pena imposta.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes do increpado (fls. 38/41), resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão, com 583 dias-multa, denotando elevação de 1/6.

Nesse jaez, no caso dos autos, com espeque na discricionariedade motivada do julgador, tratando-se de uma circunstância judicial desfavorável sopesada, o aumento de 1/6 revelou-se adequado, em respeito aos primados da proporcionalidade e individualização da pena, ou seja, 1/6 para cada vetorial negativo

sopesado. Nessa linha de precedentes:

“O e. STJ tem admitido, para aumento da pena base, por circunstância judicial desfavorável, adotar as frações de 1/8 entre o mínimo e o máximo da pena em abstrato, e 1/6 da pena mínima em abstrato, assim como não adotar nenhum critério matemático, desde que haja fundamentação idônea e concreta, baseada na discricionariedade vinculada do julgador.” (Acórdão, 07071203120218070007, Relator: JAIR SOARES, Segunda Turma Criminal, data de julgamento: 5/10/2022, publicado no PJe: 17/10/2022). Grifos nossos.

Nesse passo, sopesados os elementos norteadores do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei de drogas, idônea é a fundamentação para a exasperação da pena-base no crime e o percentual de aumento eleito.

Frise-se, ainda, *mutatis mutandis*, que o “**legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado**”

(HC 283.706/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Na segunda fase, a pena foi elevada em 1/6 em razão da reincidência do acusado (fls. 38/41), resultando em 06 anos e 09 meses de reclusão e 680 dias-multa.

Anote-se que, no caso vertente, trata-se de apelante que **ostenta mais de uma condenação definitiva** (fls. 38/41 - processo nº 1500097-24.2022.8.26.0205 e processo nº 0000135-31.2018.8.26.0600), **configurando antecedentes criminais desabonadores e reincidência**. Logo, é salutar frisar que inexistente *bis in idem*, pois houve a valoração de condenações pregressas distintas na primeira e na segunda fases da dosimetria penal.

No ponto, destaque-se que ***"Inexiste ofensa à Súmula n. 241 /STJ quando, para a valoração dos maus antecedentes, foi utilizada condenação prévia e distinta daquela considerada na segunda etapa da dosimetria, para fins de reincidência."*** (HC n. 306.222/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/6/2016, DJe de 8/6/2016).

Ademais, não era mesmo caso de incidência da atenuante da confissão, nos termos da Súmula 630 do STJ, já que o

acusado apenas admitiu a propriedade para uso próprio, sem reconhecimento da traficância. Logo, em verdade, a alegada confissão foi apenas parcial e qualificada, havendo clara tentativa do réu de se isentar do crime mais grave.

Há precedente neste sentido nos Tribunais superiores:

“A confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal” (HC 129278/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 25/05/2009).

“A atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal (ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime), configuradora da confissão, não se verifica quando se refere a fato diverso, não comprovado durante a instrução criminal, porquanto, ao invés de colaborar com o Judiciário na elucidação dos fatos, dificulta o deslinde do caso. Precedentes: HC 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 1/7/2011; HC 94295/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de

31/10/2008. no caso sub judice. Precedentes: HC 101861/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ de 9/5/2011; HC 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 1/7/2011. 4. Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem. 5. Ordem denegada.” (STF - HC 102002/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 09/05/2011).

Na terceira fase, não era mesmo o caso de reconhecimento da benesse do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Na espécie, a reincidência, por si só, já constitui óbice legal ao reconhecimento do tráfico privilegiado e a sua valoração em fase anterior não constitui *bis in idem*, segundo a jurisprudência pacífica do egrégio Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma, HC 410.990/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017; 6ª Turma, HC 409.134/SP, rel.^a Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 05/09/2017, DJe 18/09/2017).

Além disso, a concessão da referida benesse legal possui um caráter excepcional, quando constatado não haver dúvidas de que o agente praticou o ato de modo não contumaz e habitual, reclamando o preenchimento cumulativo dos seguintes

requisitos: seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa. E, no presente caso, o conjunto probatório se mostrou suficiente para comprovar que o acusado se dedicava de forma habitual às atividades criminosas.

Ademais, como no caso vertente o increpado trazia consigo, tinha em depósito e guardava crack e maconha, drogas de expressiva nocividade à saúde, vale destacar o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação do índice de redução ou até mesmo impedir a sua aplicação da causa de diminuição de pena (AgRg no HC 562.200/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, j. em 16/06/2020, DJe 23/06/2020).

Por fim, também não era o caso de aplicar a causa redutora do art. 41 da Lei de Drogas, aventada pela Defesa, a título de eventual colaboração do réu para a localização dos entorpecentes.

Ao contrário do que sustenta a Defesa, não houve colaboração do réu a ponto de autorizar redução da pena nesta etapa.

Repise-se que WESLLEY negou em todas as fases da persecução penal o seu envolvimento com o narcotráfico, buscando se esquivar da

responsabilização, **e não apresentou quaisquer elementos que pudesse auxiliar no enfrentamento ou desmonte do comércio espúrio no qual atua.**

Ora, o benefício previsto no art. 41 da Lei de Drogas não visa reduzir a pena pela confissão – o que sequer se verificou neste feito - e falta de resistência na ação policial, e sim premiar o traficante que permite apuração de outros traficantes, a fim de dismantelar grupos criminosos, o que não ocorreu no caso em tela.

É dizer: não basta a recuperação de parte do produto do crime, sendo necessária, ainda, a identificação de coautores ou partícipes, sendo requisitos cumulativos.

Como se não bastasse, respeitado o posicionamento diverso, tem a jurisprudência desta C. Corte entendido que o “*produto do crime*” a ser recuperado, conforme dita o citado dispositivo, não é a droga, que é objeto material do delito de tráfico, mas os eventuais proventos da atividade ilícita. Assim, no caso, não houve recuperação de produto do crime, mas apenas do objeto material posto à venda, e guardado para esta finalidade, pelo Apelante.

Não é outro o entendimento desta C. Câmara Criminal:

Condenação – Recurso defensivo – Materialidade e autoria demonstradas – Confissão espontânea coerente com os depoimentos dos policiais militares – Condenação de rigor – Pena-base no mínimo legal – Redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 aplicado na origem – Inviabilidade de aplicação do artigo 41 da Lei n. 11.343/06 – Ausência de indicação de coautores ou partícipes e de recuperação do produto do crime – Requisitos cumulativos – Precedentes – Regime aberto e substituição por penas restritivas de direitos – Recurso desprovido.”

(TJSP; Apelação Criminal 1515324-19.2021.8.26.0228; Relator (a): Roberto Porto; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 21ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 11/12/2023; Data de Registro: 11/12/2023)

Absolutamente incompatível, portanto, a redução prevista no artigo 41 da Lei n. 11.343/06.

Quanto à pena de multa, que consiste em expressa previsão legal no preceito secundário do tipo penal, o pleito recursal que pretende o seu redimensionamento isolado não prospera.

Registre-se, no ponto, que o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que a multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/2006, que tipifica o crime de tráfico de entorpecentes, é

constitucional. Por unanimidade, o Plenário reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 1347158, Tema 1.178, firmando a seguinte tese: ***“A multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06 é opção legislativa legítima para a quantificação da pena, não cabendo ao Poder Judiciário alterá-la com fundamento nos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena.”***. Assim, o Poder Judiciário não pode substituir o Legislativo na quantificação da sanção penal prevista como resposta a condutas delitivas.

Ademais, como sabido, as penas pecuniárias devem guardar proporcionalidade com as penas privativas de liberdade, aplicando-se à multa a mesma fração de aumento e diminuição imposta a pena corpórea, e a capacidade econômica do acusado já foi considerada ao se fixar o valor do dia-multa no mínimo legal. Logo, a reprimenda em tela não merece qualquer reparo.

Quanto ao regime prisional, nada há o que se alterar. Considerando-se as circunstâncias do caso concreto, o regime fechado para o crime em tela mostra-se adequado para o réu em face da gravidade do delito e da natureza das drogas apreendida em seu poder, além de ostentar maus antecedentes e ser reincidente, a demonstrar sua

inconteste periculosidade, fatores que exigem resposta enérgica, com a qual não é compatível solução mais branda, e não há que se falar em *bis in idem*, ou em ofensa às Súmulas 440 do C. STJ e 718 e 719 do C. STF.

Nesse sentido:

“(...) 2. 'Não configura ofensa ao princípio do non bis in idem a consideração dos maus antecedentes para elevar a reprimenda básica e fixar o regime mais gravoso para início de cumprimento da reprimenda por serem institutos diversos e decorrerem de expressa previsão legal constante dos arts. 59 e 68, bem como do art. 33, respectivamente, todos do Código Penal' (AgRg no HC n. 497.220/SC, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 22/10/2019)” (AgRg no AREsp n. 1.879.859/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/10/2021, DJe de 22/10/2021.)

Atente-se que o crime de tráfico ilícito de drogas, ainda que não cometido com violência e grave ameaça, fomenta, em tese, a prática de outros delitos tão ou mais graves, o que provoca, com frequência, alarmante intranquilidade para o seio da comunidade.

O tráfico tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de

diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Incabível, pelos mesmos motivos, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena, nos termos dos artigos 44 e 77 do Código Penal, uma vez que não preenchidos os requisitos exigidos em lei para concessão de tais benefícios.

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

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo-se a r. sentença proferida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FÁTIMA VILAS BOAS CRUZ

Relatora