



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000444482

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501831-27.2024.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante WELLINGTON JUNIO CARVALHO DE JESUS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao apelo, para o fim de afastar as circunstâncias judiciais negativas, fixar as penas em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), SÉRGIO MAZINA MARTINS E NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 7 de maio de 2025.

AMABLE LOPEZ SOTO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação: Autos nº 1501831-27.2024.8.26.0597

Comarca: Sertãozinho – 2ª Vara Criminal

Apelante: Wellington Júnio Carvalho De Jesus

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Voto n. 36.665

Tráfico de drogas. Autoria e materialidade comprovadas. Firmes relatos policiais e inconsistentes negativas do réu. Versão escusatória que apresentou grandes inconsistências. Finalidade da mercancia caracterizada.

Dosimetria. Afastamento das circunstâncias judiciais negativas. Pena-base exasperada através de condenações que, em verdade, configuram reincidência. Básicas reduzidas ao piso.

Reincidência bem reconhecida.

Regime fechado mantido. Impossibilidade de conhecimento do redutor e substituição da carcerária por restritivas de direitos.

Recurso parcialmente provido.

WELLINGTON JÚNIO CARVALHO

DE JESUS foi condenado pela MMª. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Sertãozinho, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, às penas de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime inicial fechado e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, (fls. 88/100).

Irresignada, apela a d. Defesa postulando a absolvição por falta de prova e, subsidiariamente, a desclassificação do crime porte de drogas para uso pessoal ou aplicação do redutor e o abrandamento do regime prisional (fls. 114/118).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 122/124), a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 135/161).

É o relatório.

O réu foi condenado porque, no dia 26

de junho de 2024, por volta das 09h30min, na Rua Victório Polegato, em frente ao nº 937, via pública, Jardim Alvorada, Sertãozinho/SP, trazia consigo e mantinha em depósito, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 21 (vinte e uma) cápsulas tipo *eppendorf* contendo cocaína e 16 (dezesseis) invólucros plásticos de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade restou comprovada em razão do boletim de ocorrência (fls. 03/05), auto de exibição e apreensão de drogas e dinheiro (fls. 11/12), fotografias (fls. 13/16), laudo de exame químico toxicológico (fls. 21/23 e 24/26), além das provas orais.

Da mesma forma, não pairam dúvidas em relação à autoria delitiva.

Os Guardas Civis Municipais *Willian de Faria da Silva* e *Limberg Fuentes Peredo Junior* declararam em uníssono que na data dos fatos realizam patrulhamento de rotina em local conhecido como ponto de venda de drogas quando se depararam com o réu, que ao avistar a viatura demonstrou nervosismo e tentou empreender fuga. Abordado, perceberam que o acusado carregava consigo em uma das mãos oito eppendorfs de cocaína e quantia de dinheiro. Havia, também, duas “trouxinhas” de maconha e quantia de moedas no bolso da calça. **Wellington** disse que era usuário e as drogas que estavam com ele era para seu consumo. Solicitaram apoio do canil e foi localizado em uma sarjeta próxima do local que o autor estava 14 porções de maconha e 13 eppendorfs bastante semelhantes àquelas localizadas na posse do acusado. Não conheciam o acusado até a data dos fatos. (cf. mídia audiovisual).

Ouvido em juízo e no inquisitivo, o acusado apresentou a mesma versão de que foi ao local para adquirir entorpecentes para consumo próprio. O traficante tinha acabado de entregar a droga quando chegou a viatura. As drogas localizadas na rua não eram suas, sequer sabia de sua existência. Só possuía 08 (oito) pinos de cocaína e R\$ 20,00 em dinheiro, tendo pago 10 reais por cada porção da droga. De fato, intencionou fugir ao ver a guarnição, mas foi detido (cf. fls. 09 e mídia audiovisual).

Sendo estas as provas produzidas, os pedidos absolutório e desclassificatório são improcedentes.

Em que pese o esforço defensivo, o apelante não se desincumbiu de seu ônus em provar sua versão escusatória, conforme dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal.

Frise-se que existem diversas inconsistências na narrativa do acusado. Em primeiro lugar, afirma que possuía uma nota de cem reais, a qual foi trocada por oito pinos de cocaína, cada um no valor de 10 reais. Logo, assegurou que trazia consigo apenas R\$ 20,00 em dinheiro. Contudo, o laudo de apreensão e exibição às fls. 11 mostra que foram encontrados com o réu o montante de R\$ 46,70, além de maconha, o que não foi explicado pela versão do acusado.

Ainda, os policiais foram enfáticos ao dizer que não havia mais pessoas no local, enquanto o réu afirmou que a viatura chegou logo após “ter dado as costas” para o traficante.

Frise-se que os depoimentos dos agentes públicos envolvidos na ocorrência são coerentes e firmes, não havendo nada que o desabone. A jurisprudência é pacífica quanto à admissão probatória dos depoimentos policiais, eis que são agentes públicos no exercício de sua função, que prestam o compromisso de dizer a verdade. Portanto, não há que se lhes atribuir qualquer presunção de desconfiança tão somente pelo ofício que exercem (AgRg no REsp 1972093/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, DJe 29/04/2022 e AgRg no AREsp nº 1.997.048/ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, DJe 21/2/2022).

Por fim, sabe-se que o crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 é de tipo misto alternativo, consumando-se com a prática de quaisquer das condutas previstas no preceito primário da norma, não sendo necessário a visualização do comércio para a sua caracterização (AgRg no HC n. 701.134/SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, j. em 7/12/2021).

Por fim, não se afasta a possibilidade de o réu ser, também, usuário de drogas. Contudo, tal condição em nada obsta a traficância, a qual pode ser, inclusive, um meio para sustentar o vício.

Bem lançada a condenação, passo à análise da dosimetria e das teses que lhe são correlatas.

Na primeira fase, a pena-base foi acrescida tendo em vista a natureza da droga apreendida (cocaína) e que *“da análise do apenso de folha de antecedentes e certidões extrai-se que o acusado já foi condenado por outros delitos (certidões de páginas 41/44), sendo certo que a condenação definitiva de página 44 é considerada para fins de reincidência (circunstância esta a ser analisada na segunda fase da dosimetria da pena) e as demais (definitivas) caracterizadoras de maus antecedentes”* (fls. 99), **operação que merece reparo.**

Ora, a análise da folha de antecedentes indicada, verifica-se sequer existe algum processo indicado na fl. 44 e, em verdade, nenhuma das condenações do réu (autos ns. 0004318-49.2021, 1501599-61.2020 e 1502873-94.2019) tiveram suas penas extintas fora do período depurador. Trata-se, a rigor, do instituto da reincidência, a qual deve ser sopesada na segunda fase dosimétrica.

Tratando-se de reincidência, seu lugar de direito para eventual repercussão nas penas, a teor do artigo 68, do Código Penal, é a segunda fase da dosimetria. Indevido, portanto, o deslocamento das condenações para a primeira fase.

Cuida-se de afronta direta ao teor da Súmula nº 241, do C. Superior Tribunal de Justiça – afronta que, ultimamente, tem partido mesmo de julgados recentes daquele Sodalício.

Velhas e boas lições, lamentavelmente, são esquecidas com o passar do tempo.

Eis o teor da Súmula em questão: *“A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”*.

Ao editar a aludida Súmula, a antiga composição do C. Superior Tribunal de Justiça objetivou fazer cessar excessos na aplicação da pena, não os cristalizar.

Excesso verificado quando o juiz considera uma só condenação a título de mau antecedente e reincidência simultaneamente, em claro *bis in idem*. Excesso verificado também quando o juiz – como no caso dos autos – alça à categoria de mau antecedente a condenação que, em verdade, configura reincidência.

Ainda que utilizando outras palavras, o C. Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o disposto nos artigos 59, 63 e 68 do Código Penal, estampou o óbvio, isto é, que reincidência é reincidência e mau antecedente é mau antecedente. Institutos que não se confundem e que têm assento em fases distintas do critério trifásico de aplicação de pena.

Atente-se para um dos vários casos que inspiraram a edição, em 15 de setembro de 2000, da Súmula em comento:

A PARTE GERAL DO CODIGO PENAL, EXPRESSAMENTE, REGISTRA O SISTEMA TRIFASICO PARA A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (ART. 68). A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E PONDERADA NA PRIMEIRA ETAPA (PENA-

BASE) (ART. 59); A CIRCUNSTÂNCIA LEGAL, NA SEGUNDA (AGRAVANTE E ATENUANTE); POR FIM, AS CAUSAS DE AUMENTO OU DIMINUIÇÃO DA PENA. A REINCIDENCIA É AGRAVANTE (C.P., ART. 61, I). TEM, POR ISSO, MOMENTO CERTO DE CONSIDERAÇÃO. SE O MAGISTRADO LEVA-A EM CONTA, NA PRIMEIRA ETAPA (CP, ART. 59) COMETE ERRO. E SE A CONSIDERA TAMBEM NA SEGUNDA ETAPA, AFRONTA O PRINCIPIO - 'NE BIS IN EADEM'.[...] Com a reforma penal, não há como confundir (quanto à natureza jurídica e o momento da aplicação) circunstância judicial e circunstância legal. A reincidência é agravante (C.P., art. 61, 1). **Tem, por isso, momento certo de consideração: após a fixação da pena base. Se o magistrado leva-a em conta, na primeira etapa (CP, art. 59), comete erro. Se a considera duas vezes, afronta o princípio - ne bis in idem (...)** - (RHC 3947/SP, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em

26/09/1994, DJ 28/11/1994) – Destaquei.

In casu, a sentença valeu-se de antigo modo de proceder superado pelo entendimento sumulado, no sentido de que antecedente (art. 59, do CP – circunstância judicial) e reincidência (art. 63, do CP - agravante) são institutos que, repita-se, a teor do artigo 68 do Código Penal (que determina a repercussão de circunstância judicial na primeira fase da dosimetria e agravante na segunda), não se confundem e têm assento em momentos próprios da dosimetria, não sendo lícito ao juiz embaralhá-los e, a seu livre talante, aplicá-los em qualquer das fases.

Ao mesmo tempo, a quantidade e variedade de drogas apreendidas em nada extrapola o usual em casos que tais.

Dito isto, tenho por adequada a fixação da básica no mínimo legal.

Na segunda etapa, verificou-se que o réu é reincidente específico, o que ensejou à correta exasperação de 1/6 (um sexto), de forma que a pena atinge o patamar de 05 anos e 10 meses de reclusão, além do pagamento de 583 dias-multa, no piso.

Ausentes causas de aumento ou diminuição, as penas se firmam no patamar adrede fixado.

A reincidência impede a aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

Assim, redimensiono as reprimendas, tornando-as definitivas **em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso.**

O regime prisional fechado e o afastamento da substituição das penas restaram acertados, visto que a pena ultrapassa o quadriênio, aliada à condição de réu reincidente.

Por votação unânime, **DERAM PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo, para o fim de afastar as



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

circunstâncias judiciais negativas, fixar as penas em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso.

Amable Lopez Soto
relator