



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000321127

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0007703-30.2018.8.26.0073, da Comarca de Avaré, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados WELLINGTON VINICIUS DE SOUZA e GUSTAVO SILVA PEREIRA CANDIDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso ministerial para condenar GUSTAVO SILVA PEREIRA CANDIDO às penas de 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1200 dias-multa, no piso, e WELLINGTON VINICIUS DE SOUSA às penas de 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, também em regime inicial fechado, e pagamento de 1632 dias-multa, no mínimo legal, por infração ao disposto nos arts. 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/2006. Comunique-se. V.U**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente), EDISON BRANDÃO E ROBERTO PORTO.

São Paulo, 29 de abril de 2021.

CAMILO LÉLLIS

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal nº 0007703-30.2018.8.26.0073

Comarca: Avaré

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

**Apelados: Gustavo Silva Pereira Cândido e Wellington
Vinicius de Sousa**

Juíza sentenciante: Roberta de Oliveira Ferreira Lima

Voto nº 35979

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – Sentença absolutória – Recurso ministerial – Pretendida condenação dos acusados nos exatos termos dos memoriais – Acolhimento – Materialidade e autoria delitivas suficientemente comprovadas no decorrer da instrução – Negativas de autoria que restaram isoladas no conjunto probatório amealhado – Depoimento de policiais – Validade – Pequenas divergências nos relatos das testemunhas que não tem o condão de infirmar a prova – Associação para o tráfico – Ocorrência – Diligência policial, corroboradas por seguro conjunto probatório amealhado durante a instrução, que comprovam o vínculo associativo entre os acusados, para a prática do comércio ilícito de entorpecentes – Condenação de rigor – Dosimetria – Gustavo – Fixação da pena-base no mínimo legal – Circunstâncias judiciais favoráveis ao agente – Reconhecimento da agravante da reincidência e da atenuante da menoridade relativa na segunda fase do cálculo, restando ambas compensadas – Reincidência que afasta a aplicação da causa de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas – Wellington – Pena-base fixada acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes ostentados pelo agente – Nova elevação na segunda etapa, decorrente da reincidência, que também obsta a aplicação do aludido redutor – Ademais, manifesta incompatibilidade entre a condenação por associação para o tráfico e o reconhecimento do tráfico privilegiado – Evidências de que os agentes se dedicavam à atividade criminosa, não fazendo jus, portanto, à redução de pena – Fixação do regime inicial fechado, que se revela o único cabível à espécie. Crime de tráfico equiparado a hediondo – Gravidade concreta dos delitos cometidos pelos réus que determina o cumprimento da pena em regime mais gravoso, bem como desautoriza a concessão de quaisquer benesses legais. Recurso provido.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Vistos.

A r. sentença de fls. 502/510 absolveu **Gustavo Silva Pereira Candido e Wellington Vinicius de Souza** das imputações contidas nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, apela o **Ministério Público**, em busca da condenação dos réus nos exatos termos dos memoriais (fls. 502/510).

Contrariado o recurso (fls. 531/544 e 547/571), subiram os autos, tendo o douto Procurador de Justiça, Dr. Vilmar Mendes Ferreira opinado pelo provimento do apelo (fls. 583/592).

É o relatório.

A imputação é a de que, no dia 15 de fevereiro de 2018, por volta das 23h00min, na Rua Rodrigues Alves, nº 10, Jardim Tropical, em Avaré, bem como em outras datas e locais não especificados nos autos, os acusados associaram-se para praticar o crime de tráfico de drogas.

Consta, também, que, no dia 15 de fevereiro de 2018, por volta das 23h00min, na Tonico Boava, nº 928, Jardim Tropical, em Avaré, **Gustavo** trazia consigo, para entrega a terceiros, 01 (uma) pedra de *cocaína*, na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

forma de *crack*, acondicionada em plástico branco e verde, pesando 4,830g, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Na mesma data, pouco antes do fato acima referido, na Rua Rodrigues Alves, nº 10, Bairro Santa Elizabeth, em Avaré, **Wellington** forneceu a **Gustavo**, para entrega a terceiros a citada unidade de *cocaína*, na forma de *crack*, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo narra a denúncia, os acusados vinham se dedicando ao tráfico de entorpecentes, sendo que **Wellington**, vulgo “Pesadelo”, se encarregava de obter as drogas com um fornecedor não informado e repassava a traficantes menores, para revenda, dentre eles, **Gustavo**.

Na data dos fatos, **Gustavo** acabara de obter, junto a **Wellington**, a referida porção de *crack*, para revende-la, porém, quando deixava a residência deste, percebeu a aproximação de Policiais Militares e tratou de fugir. Na fuga, todavia, acabou derrubando a substância entorpecente e seu celular, que foram apreendidos pelos militares.

Os agentes da lei não conseguiram alcançá-lo, mas, ao analisarem o aparelho telefônico encontrado, perceberam que havia mensagens trocadas entre ele e **Wellington**, nas quais um solicitava ao outro, 05 (cinco) gramas de *crack* e se dispunha a pagar uma dívida anterior, relacionada a repasse de drogas.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Mais tarde, os militares conseguiram abordar **Wellington**, sendo apreendido seu celular, da marca Samsung, modelo J2 Prime, cor preta, no qual estava registrada a conversa com **Gustavo** sobre o fornecimento do *crack*, para revenda.

Pois bem.

Da análise detida dos autos e sem desdouro à convicção da ilustre magistrada sentenciante, o apelo ministerial merece prosperar.

Isso porque a materialidade delitiva restou positivada nos boletins de ocorrência (fls. 07/09 e 10/12), no auto de exibição e apreensão (fls. 13), no laudo de exame químico-toxicológico (fls. 14/16), nos relatórios de investigação da Polícia Civil (fls. 19/30, 62/63 e 107/121), no laudo pericial realizado no aparelho celular apreendido (fls. 70/93), nos documentos (fls. 125/152), bem como no demais coligido no decorrer da instrução.

Incontroversa, igualmente, a autoria delitiva.

Vejamos.

Em solo policial, **Wellington** alegou que estava no interior de sua residência quando policiais civis lá chegaram para dar cumprimento à mandado de busca e apreensão, sendo que localizaram sobre um pilar do lado externo da residência um cigarro de *maconha* parcialmente consumido, que adquiriu de uma pessoa



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

desconhecida, pagando a quantia de R\$ 5,00. Declarou-se usuário há mais de 08 anos (fls. 50).

Lado outro, **Gustavo** não foi ouvido, sendo indiretamente indiciado (fls. 170/171).

E, em juízo, como sói acontecer, negaram as imputações, nos seguintes termos:

Gustavo disse que foi abordado em frente à sua casa, junto com uma amigo, mas nada foi encontrado com ele, nem em sua residência, já que franqueou a entrada dos policiais. Relatou que, depois que os agentes saíram, foi pegar seu celular e não achou na sua casa. Após alguns dias, **Wellington** disse que tinha acontecido isso na mensagem. Afirmou que a droga não era sua e disse que já usou drogas com **Wellington**, sendo que se revezavam para levar o entorpecente para consumirem juntos. Não comprou nada de **Wellington** e não sabe do que se refere a mensagem encontrada no celular (*link* da audiência, fls. 499).

E **Wellington** disse que estava em casa quando saiu e foi abordado por uma viatura policial. Foi revistado e nada de ilícito foi encontrado. Então, os policiais revistaram sua casa e pediram seu celular, sendo que autorizou que eles vissem o aparelho. Alegou que os policiais tinham outro celular na mão, mas não sabia que pertencia a **Gustavo**. Aduziu que nada de ilícito foi encontrado em sua residência, então os policiais lhe mostraram um “negócio moído todo velho” e disseram que iriam falar que acharam aquilo em sua casa. Alegou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que o policial lhe ordenou que assinasse algo, mas não sabia o que tinha assinado. Afirmou conhecer **Gustavo**, mas negou que estivessem juntos no dia dos fatos. Confirmou que, posteriormente, em cumprimento a um mandado de busca, os policiais encontraram uma ponta de cigarro de *maconha*, que tinha consumido (*link* da audiência, fls. 499).

No entanto, as frágeis negativas de autoria apresentadas não convencem, pois não encontram arrimo no conjunto probatório amealhado; lado outro, a prova acusatória é robusta e aponta, com segurança, a responsabilidade penal dos acusados pelos crimes descritos na denúncia.

Senão vejamos.

O investigador Marcelo Carlos de Oliveira relatou que a Polícia Militar realizava patrulhamento pelo Jardim Tropical e num cruzamento, viram um indivíduo em atitude suspeita e tentaram abordá-lo, mas ele fugiu deixando para trás um celular e drogas. Disse que o celular estava desbloqueado e foi levado à delegacia, ocasião em que viu as conversas entre **Gustavo** e **Wellington** sobre comércio de drogas. Destacou numa dessas conversas, o seguinte trecho: “*vc precisa me reforçar, preciso de 5g*”, afirmando tratar-se de drogas. Informou que o aparelho celular era de **Gustavo** e tinha conversas dele com **Wellington**. Mencionou que a abordagem ocorreu perto da casa de **Wellington** e afirmou que os dois já são conhecidos nos meios policiais por tráfico de drogas, inclusive ambos já foram presos em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

flagrante pelo mesmo crime (*link* da audiência, fls. 499).

Por seu turno, o policial militar Paulo Augusto de Souza disse em juízo que, em patrulhamento pelo local dos fatos, abordou **Gustavo** com porções de drogas. Disse que ele já era conhecido devido à prática de tráfico. Foi feita uma averiguação na casa dele, onde foi encontrada uma pedra bruta de *crack*. Indagado, ele informou que comprou a droga de “Pesadelo”, vulgo de **Wellington**. Informou que abriu o aparelho celular, no qual havia conversas com **Wellington** negociando drogas. Então, foram atrás de **Wellington**, mas nada de ilícito foi encontrado com ele. Pelo o que se recorda, a conversa era pelo *Facebook*. **Gustavo** mostrou a conversa e começou a negociar na frente dos policiais, mostrando que estava pegando drogas com **Wellington** (*link* da audiência, fls. 499).

E o policial civil Alexandre Carvalho Vieira, malgrado ouvido apenas em solo policial, expôs que chegou na delegacia o boletim de ocorrência número RDO 706/18, o qual relatava que uma patrulha policial que realizava ronda nas proximidades da residência de **Wellington**, vulgo “Pesadelo”, visualizou um indivíduo em atitude suspeita, que se evadiu ao notar a presença da viatura. Na fuga, tal indivíduo deixou cair uma pedra de 4,5 gramas de *crack* e um celular da marca *Samsung*, cujo aplicativo de comunicação *messenger* estava aberto no contato de **Gustavo Silva Pereira**. Relatou que nesse celular apreendido no referido RDO havia conversas com o número de **Wellington**, sobre o tráfico de drogas e orientações deste para apagar referidas conversas.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Informou que os policiais militares prosseguiram na diligência e encontram **Wellington** na Rua Tonico Boava, mas nada de ilícito foi encontrado com ele, porém, o celular foi apreendido para averiguação. Indagado, **Wellington** disse informalmente aos militares ser traficante de drogas, porém não tinha nenhum entorpecente no momento. Ao analisar os celulares na delegacia, verificou-se que realmente eles praticavam o tráfico de drogas, dando a entender, através das mensagens obtidas no celular de **Gustavo**, que este revendia drogas para **Wellington**, visto que foi apreendida uma porção de 4,5g de *crack* no momento de sua fuga, bem como existia a conversa entre eles, através das quais se verificou que **Gustavo** foi buscar cinco gramas de *crack* com **Wellington**, além deste cobrar dinheiro referente à venda de drogas. Nas conversas, **Gustavo** usava a gíria “*fortalece com uma cota*”, ou seja, para **Wellington** fornecer mais entorpecente que, no caso, eram 5g de *crack*, peso bem aproximado ao apreendido no BO, sendo que nessa conversa, **Gustavo** dizia que iria buscar o entorpecente com **Wellington**. mencionou que o local onde houve a fuga de **Gustavo**, quando ele deixou cair o entorpecente e o celular, ficava em frente à casa de **Wellington**, cruzamento das Ruas Zico de Castro com Rodrigues Alves. Apontou que **Wellington** é bem conhecido no meio policial pelo vulgo de “Pesadelo”, pelo envolvimento com o tráfico de drogas e armas de fogo, enquanto **Gustavo** é conhecido por ter sido preso em flagrante por tráfico de drogas, ocasião em que foi encontrado na posse de diversas porções de *maconha*, tanto prontas para venda quanto em porções maiores, balança de precisão, papel alumínio e filme para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

embalar drogas, além de uma faca para fracionar o entorpecente e um cartucho de arma de fogo calibre 38 deflagrado. Relatou que no celular de **Gustavo** havia fotos de armas de fogo, além de uma foto dele fazendo uso do que parece ser um cigarro de *maconha* e conversas com **Wellington**, solicitando o entorpecente para revender (fls. 19/22).

Declarou, ainda, que dias depois, se dirigiram à residência de **Wellington** para dar cumprimento a mandado de busca e apreensão, ocasião em que localizaram sobre um pilar, na parte externa da residência, um cigarro de *maconha* parcialmente consumido. Indagado, o acusado assumiu a propriedade da droga e disse ser usuário daquela substância há aproximadamente 08 anos e que desconhece o nome e endereço do fornecedor (fls. 50).

Note-se, ainda, que, por ocasião das investigações, todos os policiais prestaram depoimentos uníssonos e detalhados acerca dos fatos (fls. 10/12, 19/22, 50, 51 e 62/63).

E, como se sabe, vestem-se os testemunhos dos policiais, sim, com maior valoração, porquanto isentos, despidos da intenção de imputar tão grave crime a um inocente. E mais, diante da prática adquirida com a profissão por eles desempenhada, são capazes de apontar fatos e circunstâncias imprimidas nas diligências levadas a efeito para elucidar o acontecido, só deles conhecida, que culminam por trazer a certeza do cometimento imputado, especialmente quando as versões por eles



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

descritas são anotadas logo de início no auto de flagrante e não desmerecidas no contraditório.

Registre-se que, além de não demonstrado o interesse dos policiais em prejudicar os apelados, o depoimento deles *“pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório. Precedentes do STF e desta Corte”* (STJ - HC 40162/MS, Min. Gilson Dipp, DJ 28.03.2005).

No mesmo sentido:

“Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal” (Superior Tribunal de Justiça – HC 149540/SP – Ministra Laurita Vaz – DJ 04.05.2011).

É o caso dos autos.

Assim, importante anotar que pequenas divergências nos depoimentos dos policiais não tem o condão de infirmar a prova acusatória e devem ser consideradas fruto da observação de cada indivíduo e resultado do decurso de tempo entre os fatos e os relatos prestados em juízo (mais de dois anos), não se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

olvidando, ainda, as inúmeras ocorrências similares que atendem diariamente.

Além do mais, na essência, as narrativas foram convergentes, especialmente em relação ao local dos fatos, a abordagem dos acusados e a quantidade de droga apreendida.

Nesse sentido:

“PROVA - Pequenas divergências entre os relatos das testemunhas - Irrelevância - Validade. As pequenas contradições na prova decorrem das próprias imperfeições do psiquismo humano, agravadas, em geral, pelas condições em que a prova é realizada. Assim, de se desconfiar do testemunho demasiado perfeito, sendo, sim, importante, verificar se, embora discrepantes em detalhes mínimos, concordam os depoimentos nos pontos essenciais, quanto às circunstâncias decisivas do fato” (TACrimSP - Ap. nº 583.153/2 - 7ª Câ. - Rel. José Habice - J. 05.04.90 - RJDTACRIM 6/78).

Ademais, a prova oral produzida encontra arrimo no laudo pericial de fls. 70/93, que reproduziu as mensagens havidas entre os acusados, via *facebook*, relativas à associação entre eles para o comércio de drogas. Nesse sentido também são as mensagens juntadas a fls. 125/152.

Importante ressaltar que em nenhum momento os acusados negaram serem os autores das



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mensagens extraídas de seus aparelhos celulares ou apresentaram justificava para conversas tão comprometedoras.

Destaca-se, ainda, o relatório de investigações de fls. 107/121, que descreve de forma minuciosa a forma como os réus se organizavam para a prática da mercancia ilícita, sendo **Wellington** responsável por fornecer drogas a traficantes menores, entre eles **Gustavo**, para disseminação entre os usuários.

E nem se argumente a ilicitude das provas obtidas através do acesso às mensagens telefônicas sem autorização judicial.

Isso porque os policiais tiveram acesso tão somente a registros (mensagens) armazenados no aparelho celular de **Gustavo**, que foi apreendido após ser abandonado e desbloqueado, com o aplicativo de mensagens (*messenger*) aberto, e não à comunicação de dados.

Ora, de acordo com nosso ordenamento jurídico, a busca pessoal poderá ser realizada sempre que houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação, objetos falsificados ou contrafeitos, armas, munições, instrumentos utilizados na prática de crimes, enfim, qualquer objeto que possa auxiliar na investigação do crime ou que constitua corpo de delito está sujeito à apreensão.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E, como cediço, em diversas situações, o aparelho celular é utilizado como um instrumento para a prática de crimes, notadamente para o tráfico de drogas, possibilitando a comunicação entre os traficantes e viabilizando o comércio ilícito.

Por isso, pode-se afirmar que nessas situações, o aparelho celular constitui corpo de delito, sendo dever do Delegado de Polícia apreendê-lo e submetê-lo a exame pericial, onde serão constatados os vestígios do crime. Não há que se falar, nesses casos, em quebra de sigilo telefônico, uma vez que a verificação dos registros contidos no aparelho é feita de maneira direta, mediante procedimento legalmente previsto (busca e apreensão), independentemente de requerimento à empresa de telefonia responsável pela linha.

Foi o que decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar que:

“O fato de ter sido verificado o registro das últimas chamadas efetuadas e recebidas pelos dois celulares apreendidos em poder do corréu, cujos registros se encontravam gravados nos próprios aparelhos, não configura quebra do sigilo telefônico, pois não houve requerimento à empresa responsável pelas linhas telefônicas, no tocante à lista geral das chamadas originadas e recebidas, tampouco conhecimento do conteúdo das conversas efetuadas por meio destas linhas. Ademais, consoante o disposto no art.6º, incisos II e III, do Código de Processo Penal, é dever da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato, o que, no presente caso, significava saber se os dados constantes da agenda dos aparelhos celulares teriam alguma relação com a ocorrência investigada” (HC 66368; Rel. Min. Gilson Dipp).

No mesmo sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

“Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corréu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 - Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 - Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material probatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação.

2.4 - À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º (HC 91867; Rel. Min. Gilmar Mendes).

Ad argumentandum, cabe a seguinte indagação: se por acaso os dados eventualmente obtidos através da análise do aparelho celular estivessem anotados em um papel apreendido na posse do suspeito, haveria ilegalidade? Seguramente não, sobretudo porque a hipótese retrataria vestígios deixados pelo crime.

De se salientar que nenhum direito fundamental é absoluto. Aliás, a própria Constituição Federal excepcionou o direito à inviolabilidade domiciliar no caso de flagrante delito, sendo que o próprio direito à liberdade de locomoção sofre restrições nesses casos. Em sendo assim, por que um aparelho celular mereceria



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

proteção diversa?

Frente a isso, conclui-se que os aparelhos celulares apreendidos regularmente na posse de suspeitos de crime, como na hipótese dos autos, não só podem como devem ser submetidos ao exame pela autoridade competente por constituírem corpo de delito, nos termos dos arts. 6º, II e III e 158, do Código de Processo Penal, sendo prescindível, nesses casos, a autorização judicial. Agindo dessa forma, a autoridade policial estará zelando pela perfeita apuração dos fatos, resguardando as provas eventualmente existentes nesses aparelhos, possibilitando, assim, o correto exercício do *jus puniendi* estatal.

Outrossim, a apreensão do aparelho celular pertencente a **Wellington** decorreu de mandado judicial de busca e apreensão, do qual expressamente constou que *“havendo apreensão de celular, fica desde já autorizado o acesso dos mesmos para a extração de dados pertinentes à investigação”* (fls. 61/61).

Mais não é necessário dizer.

Tampouco há que se falar em flagrante preparado, já que não houve prisão em flagrante.

Nessa medida, a aventada inocência dos apelados não encontra arrimo em nenhum elemento de convicção, a não ser na frágil negativa de autoria apresentada por eles em juízo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Lado outro, a contundente prova acusatória, formada pelas provas oral e pericial coligidas no decorrer da instrução, bem como pela apreensão de significativa quantidade de droga (*crack*), indubitavelmente destinada à mercancia ilícita, sustentam firmemente a pretensão punitiva estatal.

De se lembrar, ainda, que para o reconhecimento do tráfico ilícito não é necessária a ocorrência do efetivo ato de comércio.

É que para a configuração do crime tipificado no art. 33 do citado diploma legal, basta o ato de “*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 ou regulamentar***”, não se exigindo o ato de mercancia.

Neste sentido, já decidiu este E. Tribunal:

*“APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS
Insuficiência probatória - Impossibilidade -
Confissão extrajudicial - Palavras dos policiais -
Validade - Precedentes - Ausência de atos de
mercancia - Desnecessidade - Condenação
mantida - ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO -
Comprovação do animus associativo - Absolução
- Impossibilidade - Regime inicial fechado -
Expressa previsão legal - RECURSOS*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPROVIDOS” (Apelação Criminal nº 0010719-70.2007.8.26.0495, Rel. Silmar Fernandes, 6ª Câmara de Direito Criminal, j. 21/06/2012) (destaquei).

Oportuno anotar, ainda, que mesmo que os réus fossem usuários de drogas, como alegaram, tal circunstância não excluiria a possibilidade de que também se dedicassem à comercialização de entorpecentes, sendo, portanto, a análise das provas colhidas determinante da real destinação das substâncias ilícitas. No caso em questão, restou evidente que a droga apreendida se reservava a terceiros.

Neste sentido, é a jurisprudência pátria:

“A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade” (TJSP – RJTJSP 101/498).

Assim seguro, o quadro probatório alicerça firmemente a imputação de tráfico de drogas contida na denúncia em relação aos dois acusados, razão pela qual a r. sentença deve ser reformada neste ponto.

Da mesma forma, quanto ao delito associação para o tráfico, merece acolhimento o recurso ministerial.

Ora, o cenário fático desenhado nos autos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não deixa dúvidas acerca do vínculo associativo entre os dois acusados, destinado ao tráfico de drogas, conforme se evidencia das provas coligidas.

Nesse passo, a diligência policial, a apreensão de entorpecente em poder de **Gustavo** e as trocas de mensagens entre ele e **Wellington**, relativas à mercancia ilícita são evidências não apenas do tráfico desenvolvido pelos apelados, como também da associação para o exercício da atividade criminosa.

E, havendo esta efetiva participação dos integrantes do grupo para a prática do delito, não há como se afastar a ocorrência da associação para o tráfico. A habitualidade nessa conduta decorre da demonstração do conluio para a mercancia de entorpecentes entre os integrantes da organização criminosa e não pode ser descartada.

Destarte, não houve o mero concurso de agentes. Ao revés, plenamente demonstrado o ajuste prévio e a execução compartilhada da conduta dos denunciados consistente no comércio ilegal de substâncias psicotrópicas com divisão do lucro auferido com a venda, pouco importando, na espécie, qual o quinhão de cada um dos réus na empreitada criminosa.

Nessa toada, a fala dos policiais confirma o conluio entre eles, já que, detalhadamente, explicaram a maneira em que se deram as diligências que culminaram na apreensão da droga.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse passo, esclareceram os agentes da lei que, no exercício da atividade criminosa, **Wellington** tinha a função de fornecer a droga a traficantes menores e **Gustavo** era o responsável pela venda dos entorpecentes aos usuários.

Desta feita, comprovada a conjugação de esforços entre eles, que resultaria na continuidade da disseminação das substâncias ilícitas no mercado de consumo, não fosse a eficaz intervenção policial, os acusados violaram também o disposto no art. 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, devendo, portanto, ser responsabilizados por esta conduta.

Logo, a condenação é a medida que se impõe.

Por conseguinte, vencida a questão de mérito, passa-se à dosimetria das penas.

Gustavo Silva Pereira Candido.

Na primeira fase do cálculo, atendendo aos critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal e no art. 42, da Lei de Drogas, fixam-se as penas-base nos mínimos legais (05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, para o tráfico, e 03 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa, para a associação).

Cabe registrar que, malgrado a natureza da substância apreendida (*crack*), sabidamente de alto poder nocivo, a quantidade (4,5 gramas – fls. 13) não autoriza, por si só, a elevação da sanção inicial.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Na segunda etapa, concorrem a agravante da reincidência (fls. 202) e a atenuante da menoridade relativa (fls. 195), sendo forçosa a compensação entre ambas.

É que, em conformidade com o art. 67 do Código Penal, aquela atenuante, por tratar-se de circunstância subjetiva e dizer respeito à personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante em testilha.¹

E nem se alegue que a especificidade da reincidência não autoriza a compensação integral, pois, conforme já assentou o Superior Tribunal de Justiça, *“atenuante da menoridade deve ser compensada com a agravante da reincidência, **ainda que específica**, salvo especial justificação, como no caso da multirreincidência [...]”*² (Destacado).

A indigitada exceção (multirreincidência) não é, à evidência, o caso dos autos.

Ainda sobre o tema:

**“HABEAS CORPUS IMPETRADO EM
SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO
CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.
TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. **PLEITO
DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A****

¹ (Apelação nº 0051289-41.2010.8.26.0577, Rel. Edison Brandão, j. em 28.04.2015).

² (AgRg no HC 489.409/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MENORIDADE E A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. PENA REDUZIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do mandamus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - **É cediço que, interpretando o art. 67 do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça entende que a atenuante da menoridade e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes, razão pela qual devem ser compensadas quando da aplicação da reprimenda.** - A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do acusado que ostente outra condenação pelo mesmo delito. Tal entendimento também se aplica quando o caso envolver a menoridade e reincidência específica, pois, onde se têm os mesmos fatos, deve ser aplicado o mesmo direito. - Na hipótese em análise, reconhecida a menoridade, de rigor a sua compensação integral com a reincidência, mesmo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

específica, pois o caso não apontou nenhuma peculiaridade à agravante do art. 61, I, do CP, como a multirreincidência, por exemplo, que implicasse a necessidade de uma maior resposta penal. Precedentes. - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir as penas do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.” (HC 390.765/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017 – Sem ênfase no original).

Este Sodalício Bandeirante não decidiu de maneira distinta. Confira-se:

“DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO PREJUDICADO. A pretensão de recorrer em liberdade, a esta altura, encontra-se prejudicada, tendo em vista a etapa processual em que se encontra este feito criminal, em fase de julgamento do recurso de apelação. Ademais, era mesmo o caso de negar ao acusado o direito de recorrer em liberdade, já que ele permaneceu custodiado durante todo o processo penal e, por ocasião da prolação da sentença condenatória, subsistiam os motivos legitimadores da prisão cautelar. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas nos autos, não havendo que se cogitar em fragilidade probatória. Acusado preso em flagrante delito. Apreensão de 33 porções de cocaína (15,04g). Versão do acusado, de que os policiais teriam forjado o encontro das drogas,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Câmara de Direito Criminal; Foro de Lorena -
Vara Criminal; Data do Julgamento:
21/11/2019; Data de Registro: 25/11/2019 -
Grifado).

Nessa medida, as sanções se mantêm
inalteradas nesta fase.

E, na terceira etapa, não se verifica hipótese
de incidência da minorante prevista no art. 33, §4º, da
Lei nº 11.343/06, a teor da ventilada recidiva.

Não se deslembre, ainda, a condenação dos
acusados pelo crime de associação para o tráfico, o que
robustece a não incidência do art. 33, §4º, da Lei de
Drogas.

Com efeito, citado diploma legal, ao tempo
em que conferiu tratamento mais rigoroso aos grandes
traficantes e àqueles que se entregam com frequência ao
tráfico de entorpecentes, majorando as penas previstas
na lei anterior, instituiu uma benignidade modulada em
relação ao pequeno traficante que debuta na seara, com
a previsão de causa especial de diminuição da pena,
desde que cumulativamente preenchidos os requisitos
legais. Assim, não tem aplicação o benefício legal se o
réu se dedica às atividades criminosas ou integra
organização criminosa, aí incluída a hipótese de
condenação pelo delito de associação para o tráfico,
tipificado no artigo 35 da mesma lei, *in verbis*:

“Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei. ”

Assim, a hipótese pressupõe habitualidade e permanência, sendo, por isso, logicamente incompatível a redução da pena pelo crime de tráfico se o réu também foi condenado por associação para o tráfico. Ora, sabendo-se que o legislador quis beneficiar o chamado “traficante de primeira viagem”, prevenindo iniquidades decorrentes da aplicação de expiações semelhantes às daqueles que fazem do tráfico “meio de vida”, resta efetivamente inviável a concessão da causa especial de diminuição de pena ao réu também condenado com base no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006 porque evidenciados, em casos tais, a conduta voltada para o crime e o envolvimento permanente com o tráfico de drogas.

Confira-se, a propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE REINCENTE. REINCENTIA. AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º DO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. (...). 2. (...). 3. (...). 4. **Não se aplica a causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 ao réu também condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35 da mesma lei. Precedentes.** 5. Habeas corpus não conhecido” (STJ, Habeas Corpus nº 305553 SP, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 04.11.2014) (destaque nosso).

E, no que toca à associação para o tráfico, ausentes causas de aumento ou diminuição a serem sopesadas, a expiação também fica inalterada nesta fase.

Por fim, presente o concurso material de delitos, na forma estabelecida no art. 69, do Código Penal, as penas devem ser somadas, ficando **Gustavo** definitivamente condenado à pena de **08 anos de reclusão e pagamento de 1200 dias-multa.**

Estabelece-se o valor unitário do dia-multa no patamar mínimo, à mingua de informações sobre a atual situação financeira do acusado.

Wellington Vinicius de Sousa.

Atendendo aos mesmos critérios



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estabelecidos para a fixação da pena imposta a **Gustavo**, verifica-se que **Wellington** é portador de mau antecedente (proc. 0000358-33.2016 — fls. 205/206), cujos fatos ocorreram antes daqueles tratados nestes autos, não obstante o trânsito em julgado tenha ocorrido após estes.

E não há equívoco na valoração negativa dos antecedentes, se baseada em condenação transitada em julgado após a data do fato em questão, mas referente à fato delituoso anterior ao crime sob julgamento.

Tal entendimento não afronta a Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça, pois não se trata de processo em andamento.

A propósito do tema, o entendimento da aludida Corte Superior:

“Segundo entendimento desta Corte, a condenação por crime anterior, cujo trânsito em julgado ocorreu após a nova prática delitiva, embora não caracterize a reincidência, constitui maus antecedentes” (HC 167.602/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJE 9/3/2011).

“O Superior Tribunal de Justiça adota o posicionamento de que podem ser considerados, para caracterizar maus antecedentes, condenações por crime anterior com trânsito em julgado posterior ao delito em exame, conforme procederam as instâncias ordinárias ao fixarem a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pena-base do paciente. Não incidência, in casu, do enunciado n. 444 da Súmula do STJ, porque foram aplicadas condenações já transitadas em julgado, como maus antecedentes, para exasperar a pena-base” (HC 209.148/SP, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), 5.^a Turma, DJE 19/11/2012).

Logo, tal circunstância negativa deve ser sopesada no momento da fixação da pena-base, nos termos do art. 59, do Código Penal, razão pela qual fixam-se as sanções iniciais em 1/6 acima dos mínimos legais cominados aos tipos penais violados, o que resulta 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, para o tráfico, e 03 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 816 dias-multa, para a associação.

Na segunda fase do cálculo, é presente a agravante da reincidência (proc. 0000057-03.2017 – fls. 205), razão pela qual as expiações devem sofrer novo e idêntico acréscimo (1/6), totalizando 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa, para o tráfico, e 04 anos e 01 mês de reclusão e pagamento de 952 dias-multa, para a associação.

E, na derradeira fase, em relação ao tráfico, incabível a aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, haja vista a reincidência do acusado, bem como sua condenação pelo crime de associação, ficando as penas inalteradas nesta etapa.

Por fim, presente o concurso material de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

delitos, somam-se as penas, perfazendo uma sanção final de **10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 1632 dias-multa, no mínimo legal.**

No mais, o regime inicial não pode mesmo ser outro que não o fechado, haja vista a extrema perniciosidade da conduta, causadora de consequências nefastas para os próprios acusados, suas famílias e ao corpo social como um todo; cuida-se de verdadeiro cancro que fomenta a prática de tantos outros delitos, devendo ser severamente coibido.

Nesse contexto, regime inicial mais brando não atenderia aos fins da pena, nem surtiria efeito na assimilação da terapêutica penal por parte dos acusados, sobretudo no que se refere à função de prevenção especial positiva da reprimenda.

Outrossim, a fixação de regime inicial fechado não se afigura inconstitucional, uma vez que reflete apenas a intenção legislativa de coibir mais duramente as condutas dos autores de crimes hediondos e equiparados, os quais o legislador reconheceu possuírem maior lesividade social, o que não impede a realização do princípio da individualização, a ser observado na fixação e na execução da pena.

Nesse sentido, precedente deste E. Tribunal de Justiça:

“Não há falar em aplicação de regime mais brando ou inconstitucionalidade de dispositivo legal. A Lei



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*nº 11.464, de 28 de março de 2007, modificando disposição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), estatuiu, de maneira expressa, em seu artigo 2º, § I o que as penas relativas aos crimes previstos no caput deste artigo - entre eles o tráfico ilícito de entorpecentes - serão cumpridas **inicialmente** em regime fechado” (Ap. 990.10.051761-9, 9ª Câmb. Dir. Criminal, Rel. Francisco Bruno, j. 29.07.2010, r. 16.08.2010).*

Não se pode perder de vista, ainda, as provas coligidas nos autos, evidenciando ligação dos réus com fornecedores, distribuidores e produtores de tais substâncias ilícitas, tornando inequívoca a dedicação deles à atividade criminosa.

Não bastasse, o *quantum* infligido e a reincidência recomendam a fixação de regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §2º, *a*, e §3º, do Código Penal.

Também não se vislumbra hipótese de substituição das sanções corporais por restritivas de direitos.

Embora seja de conhecimento que por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, julgado em 1º de setembro de 2010, o pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e tenha o Senado Federal pela



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Resolução nº 5/2012 suspenso a execução do trecho da norma que proíbe a substituição da pena privativa de liberdade, a aplicação de tal instituto deve ser enfrentada nos moldes disciplinados pelo Código Penal, em seu art. 44.

No caso em tela, cuida-se de crime equiparado a hediondo, valendo aqui as mesmas considerações tecidas quanto ao regime inicial, vale dizer, não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sob pena de a sanção penal não alcançar seus fins.

Além do mais, a expiação ora suportada pelos réus é superior ao limite estabelecido no art. 44, I, do Código Penal, o que também inviabiliza a concessão da benesse legal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso ministerial para condenar GUSTAVO SILVA PEREIRA CANDIDO às penas de 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1200 dias-multa, no piso, e WELLINGTON VINICIUS DE SOUSA às penas de 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, também em regime inicial fechado, e pagamento de 1632 dias-multa, no mínimo legal, por infração ao disposto nos arts. 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/2006. Comunique-se.**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAMILO LÉLLIS

Relator