



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000002581

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501055-67.2024.8.26.0616, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes NIVALDO RODRIGUES DA SILVA e ALAN PRADO LUCIO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **CONHECERAM e DERAM PARCIAL PROVIMENTO aos recursos de apelação, para reformar a r. sentença, em parte, a fim de ajustar as penas aplicadas aos réus, que ficam definitivamente condenados, como incursos no art. 33, caput, do Código Penal, Nivaldo Rodrigues da Silva à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 699 (seiscentos e noventa e nove) dias-multa, no mínimo legal, e Alan Prado Lucio, à pena de 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 720 (setecentos e vinte) dias-multa, no piso, mantida a r. sentença, no mais, por seus próprios fundamentos. Os réus permaneceram presos no curso do processo e, persistindo os motivos que ensejaram a prisão cautelar, presentes os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, expeçam-se os mandados de prisão. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVANA DAVID (Presidente sem voto), FREITAS FILHO E MENS DE MELLO.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

FERNANDO SIMÃO
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

VOTO nº 40.876

APELAÇÃO nº 1501055-67.2024.8.26.0616

COMARCA: Mogi das Cruzes – 1ª Vara Criminal

Apelantes: NIVALDO RODRIGUES DA SILVA

ALAN PRADO LUCIO

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E, SUBSIDIARIAMENTE, A DESCLASSIFICAÇÃO PARA AS FIGURAS DO ART. 37 OU DO ART. 28, AMBOS DA LEI 11.343/06. AINDA, PRETENDE, A REDUÇÃO DA PENA BASE, O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, A COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, O AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/06, O ABRANDAMENTO DO REGIME E O AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. ARREMATADA COM PEDIDO DE ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – PROVAS FRANCAMENTE INCRIMINADORAS - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MERECEDORES DE CREDIBILIDADE – CRIME DE PERIGO ABSTRATO, NÃO SE EXIGINDO QUE O INFRATOR SEJA FLAGRADO NO PRÓPRIO ATO DE VENDA DA MERCADORIA PROIBIDA – DESCABIDA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA OS DELITOS DO ART. 28 OU DO ART. 37, AMBOS DA LEI DE DROGAS – A FUNÇÃO DE NENHUM DOS RÉUS, NOTADAMENTE DE ALAN, ERA APENAS DE “OLHEIRO” NO TRÁFICO - AMBOS AGIRAM COM CONSCIÊNCIA E VONTADE E EM CONCURSO DE PESSOAS E UNIDADE DE DESÍGNIOS, TENDO AMBOS ADERIDO AMPLAMENTE À TRAFICÂNCIA - PENAS AJUSTADAS – PENAS BASES EXASPERADAS PELA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS E PELOS MAUS ANTECEDENTES DO RÉU ALAN – RÉU NIVALDO QUE NÃO OSTENTA MAUS ANTECEDENTES, COM AJUSTE DA PENA BASE NESTE PONTO – RECONHECIDA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA QUANTO A AMBOS OS RÉUS NA R. SENTENÇA, COM AJUSTE NESTA OPORTUNIDADE QUANTO À FRAÇÃO DE AUMENTO - DESCABIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E, CONSEQUENTEMENTE, DE SUA

COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – RÉUS QUE NEGARAM A TRAFICÂNCIA EM JUÍZO - AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/06 – AUSÊNCIA DE PROVA NOS AUTOS DE QUE OS RÉUS VISAVAM AOS FREQUENTADORES DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO, DA SEDE DE ENTIDADE RECREATIVA E ESPORTIVA E DO RECINTO ONDE REALIZADA DIVERSÃO DE QUALQUER NATUREZA LOCALIZADOS NAS PROXIMIDADES - DESCABIMENTO DO REDUTOR LEGAL POR EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL – AINDA, CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO REVELADORAS DA HABITUALIDADE NA TRAFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA OU DA PROPORCIONALIDADE – OPÇÃO DO LEGISLADOR NO SENTIDO DE COIBIR DE FORMA MAIS EFICAZ CONDUTA DE EXTREMA GRAVIDADE, DE NATUREZA HEDIONDA - REGIME PRISIONAL FIXADO COM CRITÉRIO – CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO, O QUE ENSEJARIA A APLICAÇÃO, INICIALMENTE, DO REGIME MAIS GRAVOSO – PELAS MESMAS RAZÕES, ASSIM COMO PELA REINCIDÊNCIA, INAPLICÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - CUSTAS DEVIDAS – APENAS O JUÍZO DA EXECUÇÃO PODERÁ DISPENSÁ-LOS DO PAGAMENTO, APÓS AFERIR A REAL SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS RÉUS – DADO PARCIAL PROVIMENTO.

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 250/257, acrescenta-se que os réus **NIVALDO RODRIGUES DA SILVA** e **ALAN PRADO LUCIO** foram condenados, como incursos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, à pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa, no mínimo legal, tendo sido negado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformados, apelam os réus, buscando a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação para as figuras do art. 37 ou do art. 28, ambos da Lei 11.343/06. Ainda, pretendem, a redução da pena base, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, o afastamento da causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, o abrandamento do regime e o afastamento da pena de multa. Arrematam com pedido de isenção das custas processuais (fls. 290/310).

Regularmente processado o recurso, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo conhecimento e não provimento dos apelos (fls. 334/340).

É o relatório.

A r. sentença recorrida deu correta solução à ação penal, bem analisando as provas dos autos.

A materialidade está comprovada pelo boletim de ocorrência de fls. 07/11, pelo auto de exibição e apreensão de fls. 14/15, pelas fotografias de fls. 16/19, pelo laudo de constatação de fls. 39/42 e pelo exame químico-toxicológico de 159/161.

E a autoria também restou inconteste. O réu Nivaldo foi preso em flagrante, enquanto a prisão preventiva do acusado Alan foi

decretada por ocasião do recebimento da denúncia, porque guardavam para fins de tráfico 144 porções de *crack*, com peso líquido de 23,04g, 64 porções de cocaína, com peso líquido de 43,52g e 13 porções de maconha, com peso líquido de 2,52g, existindo a certeza visual do crime.

A par disso, a prova oral produzida sob o crivo do contraditório é isenta e incriminadora, emergindo absoluta certeza da prática do delito, exatamente como narrado na peça incoativa.

Com efeito, o policial militar Anderson relatou que o local é muito conhecido pelo tráfico de drogas e que, no dia dos fatos, observavam que Nivaldo e Alan estavam na rua e, quando aparecia algum comprador, um ficava olhando, enquanto o outro se dirigia até o mato, para buscar a droga e servir o comprador. Nivaldo que ia buscar a droga. Efetuaram a abordagem e, por intermédio de Nivaldo, encontraram os entorpecentes, que estavam escondidos no muro, tendo sido ambos conduzidos à delegacia. Disse que, de fato, notou a função de olheiro de Alan, o qual já havia visto no local em outras ocasiões. Afirmou terem sido encontrados *crack* e cocaína, embalados para a venda, assim como a quantia de R\$ 15,00. As drogas estavam escondidas entre um muro e um terreno baldio.

O policial militar Bruno narrou que efetuavam patrulhamento em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, ocasião em que observaram dois rapazes, sendo que um deles saía, ia no meio do mato, e voltava frequentemente. Decidiram pela abordagem,

oportunidade em que, por intermédio de Nivaldo, localizaram as drogas, que estavam no mato, próximo ao muro. Havia *crack* e cocaína.

Sobre a palavra dos policiais, importante frisar que eles exercem função pública relevante e presumidamente cumprem a lei. Não existe razão para desmerecer seus depoimentos, até mesmo porque coesos e harmônicos.

A propósito, assim já se posicionou o E. Supremo Tribunal Federal:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado 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. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos”. (HC 74.608-0/SP – Rel. Min. Celso de Mello).

De outra banda, o réu Nivaldo negou a prática da traficância, afirmando que é usuário de drogas e, no momento da abordagem, estava fazendo o uso de entorpecente. Negou ter visto a localização das drogas. Disse que foi abordado pelos policiais, que o pressionaram para assumir a propriedade dos entorpecentes.

O réu Alan, por sua vez, disse que estava no local dos fatos, quando Nivaldo chegou e, em seguida, surgiram dois policiais e os abordaram. Negou que estivesse de olheiro.

Contudo, as versões exculpatória não convencem, seja porque isoladas da prova produzida sob o crivo do contraditório, seja porque nada trouxeram para corroborá-las, conforme lhes incumbia, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

De outro lado, ainda no calor dos acontecimentos, os réus admitiram a traficância. Nivaldo disse que as drogas eram suas e estava no local para comercializá-las e que Alan, por tratar-se de usuário, fica observando as imediações para ver se há policiais nas proximidades e que ganha para manter o vício. Alan afirmou que é usuário de drogas e que para manter o vício, auxilia como olheiro em uma biqueira (fls. 04/05).

No mais, não há provas nos autos a demonstrar injusta prisão ou perseguição dos policiais. Nítida a intenção dos acusados de tentarem desqualificar a atuação dos agentes para se eximirem da responsabilidade que lhes é atribuída, mesmo porque não consta dos autos qualquer notícia de reclamação efetuada por eles, por via própria, da conduta dos guardas.

E o fato de os réus serem eventualmente usuários de drogas não elide a concomitante atividade de traficância, muitas vezes

praticada para manter o próprio vício.

Outro não é o entendimento jurisprudencial:

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

Saliente-se, ainda, que o crime de tráfico é de perigo abstrato, punindo-se a conduta pelo risco que ela representa para a saúde pública, de modo que não há necessidade de efetiva prática de ato de comércio, bastando que o agente seja apanhado trazendo consigo, guardando ou mantendo em depósito substância entorpecente com finalidade de venda.

Nesse sentido:

“Para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio art. 37 da Lei Antitóxicos dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente.” (TJSP – AC 20.239 – Rel. Geraldo Gomes – RT 584/347 – grifei).

“TÓXICO – Tráfico – Caracterização – Ré surpreendida com tóxicos acondicionados para venda – **Flagrante verificado**

enquanto tentava desvencilhar-se do entorpecente – Prova segura da posse da substância e da materialidade – Condenação mantida – Recurso não provido. (Apelação Criminal nº 212.768-3 – Araçatuba – 1ª Câmara Criminal – Relator: David Haddad – 11.08.97 – V.U. – grifei).

E, ao contrário do que alega a ilustre Defensoria não há se falar em desclassificação do crime de tráfico de drogas para a conduta prevista no art. 37 da Lei de Drogas. Ficou claro que a função de nenhum dos réus, notadamente de Alan, era apenas de “*olheiro*”, mas sim que ambos agiram com consciência e vontade e em concurso de pessoas e unidade de desígnios, pelo que ambos os réus aderiram amplamente à traficância.

Assim, não eram meros colaboradores do tráfico de drogas. Exerciam funções típicas de coautoria do delito de tráfico de drogas, como bem descrito na peça incoativa e confirmada pelas provas trazidas aos autos.

Nesse sentido:

“Apesar de não praticar qualquer das figuras descritas no artigo 33, da Lei n.º 11.343/06, aquele que garante a realização de qualquer dos atos descritos no preceito primário do artigo supracitado, concorrendo para o tráfico de drogas, deve ser penalmente responsável como coautor ou partícipe do crime, em sintonia com a teoria monista do concurso de agentes, prevista no artigo 29, do Código Penal. Incabível o pleito defensivo no sentido de enquadrar a conduta do apelante no artigo 37, da Lei n.º 11.343/06 que tipifica a ação de colaborar, como informante, com

grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer do crime de tráfico de drogas, pois o intuito do legislador, ao adotar no tipo penal do artigo 37, da Lei n.º 11.343/03, a teoria pluralista do concurso de agentes não foi a de alcançar aqueles que exercem funções habituais no tráfico, como o 'olheiro', pois este é coautor da conduta descrita no artigo 33, mas sim aqueles que normalmente não integram a associação criminosa, em suas diversas funções hierárquicas, mas acabam colaborando com informações privilegiadas e estratégicas para o exercício da traficância.” (Apelação Criminal 1.0024.13.106127-7/001, 4ª Câmara Criminal, rel. Júlio Cezar Guttierrez, DJ 12.03.2014). (Guilherme de Souza Nucci, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – 8.ª edição – ed. Forense, volume 1, pág. 366).

“O agente que envia informações ao seu comparsa em típica relação de coautoria, ainda que relacionada a crime previsto nos arts. 33, *caput* e §1º, ou 34, não pratica o crime do art. 37, cuja realização típica exige que a atuação se restrinja à colaboração como informante, sem qualquer tipo de relação ou envolvimento com a prática de outra conduta identificável no *inter criminis* daquele outro delito para o qual se põe como informante.” (Renato Marcão, TÓXICOS Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 NOVA LEI DE DROGAS – 7.ª edição – ed. Saraiva, pág. 26).

A prova, como se nota, é plenamente desfavorável aos apelantes, não restando dúvida quanto ao intuito comercial que tinham, levando-se em consideração a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas, a apreensão de dinheiro, cuja origem lícita não foi demonstrada, bem como as circunstâncias da efetiva mercancia. A condenação pelo crime de tráfico de drogas, portanto, era mesmo de rigor, não havendo se falar em absolvição ou mesmo desclassificação.

Todavia, deve ser afastada a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06. Apesar da existência de estabelecimento de ensino, de sede de entidade recreativa e esportiva e de recinto onde se realize diversão de qualquer natureza nas proximidades do local de abordagem dos réus, não há prova nos autos de que eles visavam aos frequentadores dos referidos lugares.

A propósito, a doutrina ensina que: *“É necessário que com a prática ilícita o agente vise qualquer dos locais listados no inciso III do art.40, cuja incidência reclama agir dolosamente (ainda que eventual); requer a finalidade de alcançar as pessoas que frequentam qualquer daqueles locais determinados. A simples proximidade física ou geográfica, sem relação com a prática do crime, não autoriza a aplicação da causa de aumento, até porque algumas vezes poderá ocorrer que o agente nem mesmo saiba estar nas imediações de um daqueles locais referidos no inciso III, e diante de tal quadro reconhecer a causa de aumento implicaria responsabilidade penal objetiva. A reforçar nossa conclusão basta verificar a extensão do rol trazido no dispositivo em comento para logo ver que, não sendo esse o entendimento, muito dificilmente, quase nunca, haverá crime tipificado nos arts. 33 e 37 da Lei nº 11.343/2006 sem causa de aumento de pena, o que evidentemente não é o desejo do legislador.”* (MARCÃO, Renato, *Tóxicos*, 7.ed., São Paulo: Saraiva).

As penas, assim, comportam reparo.

Na primeira fase, as penas distanciaram-se do mínimo legal, na quinta parte, pois os réus estavam na posse de mais de uma

centena de entorpecentes, nada menos do que 144 porções de *crack*, 64 porções de cocaína e 13 porções de maconha, o que denota a maior reprovabilidade da conduta, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06 e do art. 59 do Código Penal, além de terem sido considerados os maus antecedentes criminais dos acusados.

Nesse sentido, reza o art. 42 da Lei n. 11.343/06: “*O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente*”.

Veja-se, a propósito, o seguinte julgado:

“A natureza e a quantidade da droga foram erigidas à condição de circunstâncias autônomas e preponderantes pelo art. 42 da Lei n. 11.343/06.” (TRF, 4ª R., Ap. Crim. 2007.70.02.010117-7/PR, 8ª T., rel. Des. Élcio Pinheiro de Castro, j. 1º-10-2008)

Contudo, conforme se observa da certidão de fls. 50/51, Nivaldo possui apenas uma condenação definitiva anterior (autos n. 1502844-38.2023.8.26.0616), apta a configurar a reincidência e já considerada para tanto na r. sentença, pelo que deve ser afastada a valoração negativa dos maus antecedentes, porquanto ausentes, em relação a ele.

Já Alan, de fato ostenta maus antecedentes, consoante se observa da condenação definitiva nos autos n. 0000459-70.2018.8.26.0616 (fls. 199/202).

Assim, a exasperação da pena base na fração de 1/5 (um quinto) deve ser mantida em relação à Alan, conforme acima exposto e, no que se refere a Nivaldo, considerando o afastamento dos maus antecedentes, deve ser ajustada para a fração de 1/6 (um sexto).

Na segunda fase, bem reconhecida a agravante da reincidência em relação a ambos os acusados, Nivaldo, quanto aos autos n. 1502844-38.2023.8.26.0616 (fls. 50/51), e Alan, quanto aos autos n. 0000054-34.2018.8.26.0616 (fls. 199/202), ambas específicas.

Anoto apenas ser caso de ajuste do aumento decorrente da recidiva, de 1/3 (um terço) para 1/5 (um quinto), por ser o patamar mais adequado, a fim de atender aos critérios da suficiência e da reprovabilidade.

Ainda nesta etapa, apesar dos argumentos defensivos, não é caso de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, tampouco da compensação entre a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, na medida em que os apelantes não admitiram os fatos em juízo, revendo as versões ofertadas em solo policial.

Nesse sentido, a doutrina ensina que: *“confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público,*

*reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso. A confissão, para valer como meio de prova, precisa ser voluntária, ou seja, livremente praticada, sem qualquer coação. Entretanto, para servir de atenuante, deve ainda ser espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente. O ato do réu necessita colaborar com a Justiça” (NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, 20.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 414).*

Na terceira fase, deve ser afastado o aumento decorrente da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, nos termos da fundamentação acima exposta.

Ainda nesta etapa, não era mesmo caso de aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, dada a expressa vedação aos não estreates na criminalidade, dada a reincidência específica de ambos os réus e, ainda os antecedentes desabonadores de Alan.

E não é só. As circunstâncias do delito demonstram a habitualidade no exercício do comércio ilícito pelos apelantes, que foram observados pelos policiais durante a mercancia dos entorpecentes, em local amplamente conhecido pelo tráfico de drogas, tendo sido apreendidas 144 porções de *crack*, 64 porções de cocaína e 13 porções de maconha, entorpecentes variados, a maioria deles de alto potencial lesivo, notadamente se considerarmos a presença de cocaína e *crack*, duas das drogas mais viciantes, além de quantia em dinheiro, tudo a indicar a habitualidade na traficância.

Assim, no que se refere à Nivaldo, considerando o ajuste da fração de aumento da pena base para 1/6, assim como o ajuste da exasperação em razão da reincidência para a fração de 1/5, afastada a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, e a não aplicação do redutor, resta definitiva a pena de **07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 699 (seiscentos e noventa e nove) dias-multa, no piso.**

No que se refere à Alan, mantido aumento da pena base em 1/5, ajustada a exasperação decorrente da reincidência também para a fração de 1/5, afastada a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, e não aplicado o redutor, resulta definitiva a pena de **07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e pagamento de 720 (setecentos e vinte) dias-multa, no piso.**

Ainda, descabida a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. Além das sanções corporais impostas aos réus ultrapassarem o teto legal, o crime de tráfico de drogas é nefasto, causador de grande desassossego social, pelo que é preciso maior reprovabilidade àqueles que enveredam para a prática de tal conduta ilícita, de modo que prevaleça o parâmetro da suficiência e proporcionalidade na fixação da pena, mostrando-se de todo inviável qualquer benefício, sob pena de indisfarçável impunidade, na contramão do anseio social voltado para a melhoria da segurança pública.

Sabe-se que o tráfico de drogas é uma espécie de mola propulsora à prática de outros crimes graves, principalmente roubos. E, é

justamente atento a isso, que se impõe tratamento com maior rigor ao traficante, delinquente que, por conclusão lógica, não tem mérito para benesses legais.

Quanto ao preceito secundário do delito de tráfico de drogas, ao contrário do que argumenta a douta defesa, não há se falar na inconstitucionalidade da multa penal cominada *in abstracto* pela Lei 11.343/06.

O legislador ordinário tem a prerrogativa de estabelecer qual a pena mais adequada para determinado delito, levando em consideração a sua gravidade, motivo pelo qual, a fixação de um valor elevado para a pena de multa não viola nenhum dispositivo legal, pelo contrário, representa a aplicação do princípio da individualização da pena.

Não houve violação aos princípios constitucionais da individualização da pena ou da proporcionalidade, mas apenas opção clara do legislador, sem qualquer óbice constitucional, no sentido de coibir de forma mais eficaz conduta de extrema gravidade, de natureza hedionda, contra a saúde pública e impulsionadora de outros delitos também de elevada nocividade social.

Nesse sentido, aliás, já se decidiu:

PENA – Multa – Tóxicos – Tráfico – Inconstitucionalidade – Inexistência: À evidência, a individualização da pena a ser empreendida pelo juiz deve ocorrer dentro dos patamares legais

delineados pelo legislador – Elevados patamares para a sanção pecuniária na espécie não fogem à proporcionalidade – Recurso improvido.

(TJSP – AC nº 993.08.017619/SP – 6ª Câm. Criminal – Rel: Desc. Ricardo Tucunduva – j. em 26.06.2008).

Ressalte-se, por outro lado, que os traficantes, costumeiramente, exercem suas atividades visando o lucro. Ao sancionar esses agentes com uma pena pecuniária mais alta, visa-se atingir sua função retributiva e pedagógica de modo mais amplo, teoricamente restringindo as possibilidades da ocorrência de um novo crime dessa natureza, desmotivando o agente.

Assim, a situação financeira dos apelantes pode influir somente no valor do dia-multa, que, aliás, foi fixado no seu patamar mínimo.

O regime inicial fechado para o cumprimento das penas também foi corretamente fixado, pelo que não comporta abrandamento. A gravidade do crime assim o recomenda, sendo comparado a crime hediondo, o que enseja a aplicação, inicialmente, de um regime mais severo, mostrando à sociedade a eficaz repressão a esse tipo de delito.

Não é só. Quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade, indisfarçavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública.

Anote-se, aliás, que os réus são reincidentes

específicos, o que reforça a necessidade de fixação do regime mais gravoso, a fim de que introjetem novos valores.

A propósito, nesse sentido a jurisprudência:

“O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em decisão plenária, a constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 será cumprida em regime fechado” (STF – H.C. nº 72.567-8/RS – Rel: Min. Carlos Veloso).

“No concernente ao regime prisional impositivo à espécie, também se mostra correta a fixação do inicial fechado (Lei nº 11.464/07), por duas razões principais: a uma, porque o regime fechado foi determinado de forma precisa e correta, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal e, a duas, porque o crime de tráfico de entorpecentes equiparado a hediondo, não se sujeita a regime mais brando, pois, como público e notório, provoca o recrudescimento da violência e da intranquilidade social, além da desagregação da instituição familiar” (TJSP – AP. nº 990.09.042255-6 – Rel: Des. Paulo Rossi).

Por fim, quanto às custas, é firme na jurisprudência que o acusado, ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal.

A almejada isenção somente poderá ser concedida aos recorrentes na fase de execução do julgado, porquanto esta é a etapa adequada para se aferir a sua real situação financeira, já que existe a

possibilidade de sua alteração após a data da condenação, ficando refutada eventual alegação de ofensa ao artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal.

Sobre o tema:

“No processo penal, assim como no processo civil, impera o princípio que proclama a obrigação do vencido arcar com as despesas do processo, com destaque para as custas processuais (C.P.P., art. 804). Em se tratando de réu miserável, beneficiário da garantia constitucional da assistência jurídica integral gratuita, não há exoneração do pagamento da obrigação, que, todavia não se exigirá na hipótese de prejuízo do sustento próprio ou da família, ficando a mesma prescrita se no prazo de cinco anos, contados da sentença, não puder satisfazê-la (Lei nº 1.060/50, art. 12)” (STJ – REsp. nº 108.267/DF – Rel. Min. Vicente Leal – j. 12.05.97).

Destarte, a r. sentença merece reparo no tocante às penas.

Ante oexposto, por meu voto, **CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos de apelação, para reformar a r. sentença, em parte, a fim de ajustar as penas aplicadas aos réus, que ficam definitivamente condenados, como incursos no art. 33, *caput*, do Código Penal, Nivaldo Rodrigues da Silva à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 699 (seiscentos e noventa e nove) dias-multa, no mínimo legal, e Alan Prado Lucio, à pena de 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 720 (setecentos e vinte) dias-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

multa, no piso, mantida a r. sentença, no mais, por seus próprios fundamentos. Os réus permaneceram presos no curso do processo e, persistindo os motivos que ensejaram a prisão cautelar, presentes os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, expeçam-se os mandados de prisão.

FERNANDO SIMÃO

Relator