



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000282580

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501286-08.2022.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante LUIS FELIPE ROCHA SOARES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª 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 FARTO SALLES (Presidente) E CRESCENTI ABDALLA.

São Paulo, 25 de março de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1501286-08.2022.8.26.0344

Apelante: Luis Felipe Rocha Soares

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Corréu: Fernando Francisco Mendes

Comarca: Marília

Magistrado: Fabiano da Silva Moreno

Voto 10967

Ementa. Direito Penal. Apelação. Tráfico de Drogas. Pleito da defesa pela absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e seguras das testemunhas policiais. Pena e regime prisional bem dosados. Apelo desprovido.

Trata-se de apelação, interposta por Luís Felipe Rocha Soares, contra a sentença (fls. 270/287), que o condenou como incurso nas sanções do artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06, a cumprir a pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, cada qual no mínimo legal, valor que deverá ser atualizado monetariamente até o efetivo pagamento, de acordo com o artigo 49, “caput”, e § segundo, combinado com o artigo 60, “caput”, ambos do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, consistentes em: a) prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade substituída, em local e condições indicados pela Central de Penas e Medidas Alternativas desta Comarca; b) prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo federal vigente à entidade pública, nos termos do artigo 45, § primeiro, do Código Penal, podendo o pagamento do valor ser dividido em três parcelas mensais, e o absolveu da imputação que lhes foi feita como incursos no artigo 35, “caput”, da Lei Federal 11343/2006, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, buscando a absolvição por insuficiência de provas, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do CPP (fls. 321/325).

Regularmente processado o recurso, com apresentação de contrarrazões (fls. 331/333).

O parecer da Procuradoria de Justiça (fls. 342/344) sobreveio pelo desprovimento do recurso.

A sentença (fls. 270/287) transitou em julgado, em 06 de junho de 2023, para o Ministério Público e, em 22 de maio de 2023 para o Defensor do réu Fernando Francisco Mendes, sem que houvesse interposição de recurso.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo primeiro da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

O recurso defensivo não comporta provimento.

O apelante foi condenado pela sentença porque, segundo a peça inicial acusatória, em 06 de abril de 2022, por volta das 11h30min, no cruzamento da Rua Alexandre Chaia com a Rua Amadeu Tosin, no Bairro Luiz Homero Zaninotto, na Cidade e Comarca de Marília, juntamente com Fernando Francisco Mendes, vendiam e traziam consigo, para fins de tráfico, 23 (vinte e três) porções de maconha, com peso líquido de 78,73 gramas, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

No dia dos fatos, a Delegacia de Entorpecentes recebeu informações, dando conta de que os acusados estavam praticando o tráfico de drogas no local dos fatos.

Os investigadores de polícia para lá se dirigiram e, de um ponto estratégico, realizaram campana e passaram a monitorar o movimento no ponto indicado, oportunidade em que constatarem, em pouco tempo de observação, que os acusados - Luís e Fernando - venderam drogas para cinco usuários que chegaram a pé e não foram abordados para não prejudicar a operação.

Os investigadores constatarem, ainda, que as drogas ficavam na posse dos próprios acusados, sendo que Fernando trazia consigo uma pochete preta no ombro, de onde retirava os entorpecentes.

Após acompanhamento, os investigadores deliberaram por realizar a abordagem dos acusados, os quais, ao perceberem a aproximação

policial, tentaram empreender fuga, dispensando a pochete e uma sacola plástica verde em um matagal próximo.

Em revista pessoal, foi localizada, sob a cueca de Fernando, uma porção de maconha acondicionada em plástico transparente.

Em diligências realizadas no perímetro da fuga, não foi possível localizar a pochete dispensada por Fernando, entretanto a sacola plástica verde foi recuperada e continha em seu interior 21 (vinte e uma) porções de maconha.

Em buscas realizadas nas residências dos acusados, foi localizada, no interior do guarda-roupas de Luís, uma porção de maconha embalada de forma idêntica as demais apreendidas.

A materialidade resultou demonstrada através do auto de prisão em flagrante delito (fls. 05/11), boletim de ocorrência (fls. 14/16), auto de exibição e apreensão (fls. 17/18), laudo de constatação (fls. 25/27), imagens (fls. 21/24), pela prova oral coligida nos autos, bem como pelo laudo de exame químico toxicológico definitivo (fls. 122/127), que revelou resultado positivo para *maconha*.

A autoria, do mesmo modo, é incontroversa.

O acusado Luís Felipe Rocha Soares, na Delegacia de Polícia, negou a prática do delito. Disse que “não estava vendendo droga na esquina da Rua Alexandre Chaia com a Rua Amadeu Tosin, no Bairro Marajó, conforme mencionaram os policiais. Ressaltou o interrogando que estava em um bar localizado nas proximidades onde foi comprar cigarros, ocasião em que foi detido pelos policiais e submetido a revista, sendo que nada de ilícito foi encontrado em seu poder, apenas um maço de cigarro que havia acabado de comprar. Relatou que os policiais foram em sua casa e nada de ilícito foi localizado também. Destacou que há cerca de uns cinco meses foi preso em flagrante por policiais civis desta especializada, ocasião em que foi acusado de tráfico de entorpecente, conduta esta que também não foi culpado, entretanto ficou preso pelo período de um mês e quatorze dias, quando foi colocado em liberdade, sendo que ainda está respondendo o processo. Relata o interrogando que não conhece a pessoa de Fernando que também foi preso pelos policiais, "quando fui abordado ele já estava no interior da viatura".

Em Juízo, o réu novamente negou os fatos. Negou que

estaria vendendo drogas, que estava no dia dos fatos trabalhando com seu tio, e na hora do almoço foi comprar cigarro, quando foi abordado pelos policiais. Afirmou que já conheciam os policiais, que não tem nada contra os policiais. Confirmou que estava respondendo por outro processo, já sendo absolvido.

O acusado Fernando Francisco Mendes, na Delegacia de Polícia, negou a prática do delito. Disse que “não estava vendendo droga na Rua Alexandre Chaia com a Rua Amadeu Tosin, no Bairro Marajó, conforme mencionado pelos policiais, sendo que apenas passou neste local para comprar uma "paranga" de maconha, tendo em vista ser viciado no consumo desta substância, tendo pago pela mesma a importância de cinco reais, cujo nome do vendedor não sabe informar. Relata o interrogando que foi detido pelos policiais do outro lado da Rua Alexandre Chaia, tendo que na ocasião em que eles aproximaram com a viatura saiu correndo, ficou com medo de ser preso. Após ser detido, foi revistado pelos policiais que encontraram em seu poder, sob a cueca, a "paranga" que havia acabado de comprar. Afirmo o interrogando que conhece a pessoa de Luís, entretanto a droga não adquirida com ele e sim outra pessoa que não foi presa. Afirmo o interrogando que não estava na posse de nenhuma pochete de cor preta e muito menos de uma sacola de plástico na cor verde, conforme afirma os policiais. Esclarece o interrogando que nunca foi preso e não ostenta qualquer passagem pela polícia, ressaltando mais uma vez que não estava vendendo drogas no local mencionado, bem como nunca vendeu referida substância”.

Em Juízo, o corréu disse que, na data do ocorrido, estava apenas no local errado, que foi com a intenção de comprar droga, e que não conhecia os policiais que o abordaram, e nem tem motivos para que os policiais queiram incriminá-lo. Narrou que no dia dos fatos, depois de quinze a vinte minutos que chegou no local sozinho, para comprar maconha, estando algumas pessoas, quando as pessoas começaram a correr, e o interrogado assustado, acabou correndo também. Esclareceu que apenas conhece o acusado Luís de vista da rua, que não tem contato com o mesmo.

A testemunha Wellington Corredato da Silva, policial civil, ouvido na fase inquisitiva e em Juízo, sob o crivo do contraditório, afirmou que participou das investigações, que o local já conhecido por tráfico de drogas, tendo os

usuários apelidado de " Chacrinha do Marajó". Narrou que realizaram campanha em lugar próximo, avistando somente os dois acusados, e posteriormente a chegada dos usuários, tendo então, os acusados realizados 05 (cinco) vendas, de maneira rápida, em torno de 15 (quinze) a 20 (vinte) minutos. Esclareceu que os acusados se revezavam na entrega aos usuários, e no recebimento do valor da venda, tendo o réu Fernando a posse de uma pochete presa ao seu ombro. Disse que depois da chegada do reforço policial, os réus tentaram empreenderam fuga do local. O depoente disse que conseguiu deter o acusado Fernando, entretanto, o mesmo arremessou uma sacola de cor verde e a pochete em um matagal próximo. Informou que com o acusado Fernando foi encontrado em sua cueca, uma porção de maconha enrolada em um plástico filme, e quando encontrou a referida sacola, foram encontradas 21 (vinte e uma) porções de maconha, sendo duas maiores e as outras menores, embaladas em plásticos idênticos ao que foi encontrado com o acusado. Referente ao réu Luís, este foi abordado por outra equipe, a do policial Renato, mas na posse dele, nada foi encontrado. Entretanto, o acusado franqueou a ia até a sua residência para buscar alguns documentos, e dentro do guarda-roupa, foi encontrado uma porção de maconha, idêntica à que estava no ponto de venda. Relatou que o acusado Fernando na ocasião, negou a prática de venda de droga, alegando que foi comprar a mesma, pagado o valor de cinco reais, pela porção, e que o acusado afirmou conhecer a pessoa de Luís, no entanto, não tinha comprado dele a droga. Disse o depoente que o réu Luís, ao ser indagado, negou conhecer a pessoa de Fernando, e que não estava vendendo a maconha, que estava ido ao bar próximo, porém confirmou que já havia sido preso anteriormente pela prática de tráfico, pela mesma delegacia. O depoente afirmou conhecer o réu Luís, e negou conhecer o réu Fernando. Respondeu que estavam em campana, pela notícia que o local era ponto de tráfico de drogas, não por denúncia contra os réus, e que dia do ocorrido, apenas estavam os dois acusados no local. Disse que os usuários não foram abordados para não atrapalhar as investigações, e que não foram feitos vídeos ou fotografias durante a campana.

A testemunha Renato José Garcia Madi, policial civil, ouvido na fase inquisitiva e em Juízo, sob o crivo do contraditório, afirmou que, na data do fatos, realizaram campana no local, que é já conhecido pela prática de tráfico de drogas, e visualizaram dois indivíduos estavam realizando venda de

entorpecentes, sendo que um deles estava trajando uma camiseta branca, com detalhes na cor azul, com o número 10 (dez) nas costas, bermuda com estampa nas cores azul e roxa, e o outro indivíduo vestindo uma camiseta na cor preta e calça vermelha. Narrou que os acusados estavam vendendo entorpecentes para 05 (cinco) pessoas que chegaram a pé, sendo que constantemente eles trocavam uma sacola verde com entorpecentes. Esclareceu que não abordaram os usuários que estavam no local, para não atrapalhar a ocorrência, e quando decidiram abordá-los, o réu Fernando estava com a sacola verde e uma pochete no ombro, e quando o mesmo percebeu, jogou a sacola e a pochete ao chão, porém, conseguiram abordá-los em seguida. Informou que foram realizadas busca pessoal em ambos, e que foi encontrado com o acusado Fernando uma porção de maconha em sua cueca, e com o acusado Luís não foi encontrado nada. Relatou que localizaram a sacola verde, que continha 21 (vinte e uma) porções de maconha, no entanto, não localizaram a pochete, e que foram até a residência de ambos, para informar os parentes. Na casa do réu Luís o depoente disse que encontraram no guarda-roupa de seu quarto, que eram semelhantes a embalagens localizadas na abordagem. Respondeu que o acusado Luís, já era conhecido da DISE, o acusado Fernando não conhecia, e que foram visualizados os réus em comercializando entorpecentes, por cinco vezes, estando juntos e revezando as atividades. Esclareceu que as campanas duravam em torno de 20 (vinte) minutos, estando a 30 metros do local onde os acusados estavam. Ressaltou o que foi dito anteriormente, com quem estava a sacola verde e acabou dispensando na abordagem.

A testemunha Márcio dos Santos Isaac, em Juízo, esclareceu que era professor de futebol do réu Fernando, conhecendo o mesmo desde que ele era criança, em torno de dez anos, que era um menino tranquilo, tendo até trabalhado com o depoente. Afirmou que o réu e a mãe do mesmo, comentou que estava atrás de tratamento para curar o vício. Relatou que o réu Fernando está se esforçando para mudar de vida e que é trabalhador.

Apesar dos esforços da combativa defesa, as provas coligidas são suficientes para a manutenção da condenação do apelante pelo delito de tráfico de drogas.

Em que pese a negativa do apelante, a sua versão se

mostra inverossímil e ficou isolada nos autos.

Os policiais foram uníssonos e claros em seus depoimentos e descreveram de forma detalhada os fatos, não deixando qualquer margem de dúvida.

O delito de tráfico ilícito de entorpecentes encontra amparo na prova produzida na fase inquisitiva, confirmada integralmente pelas testemunhas policiais em Juízo, sob o crivo do contraditório, além de estar apoiada na prova documental constante dos autos, a comprovar a apreensão das drogas na posse do réu.

Ressalte-se que, embora para alguns, o depoimento de policiais não seja meio de prova idôneo para embasar o édito condenatório, cumpre dissentir de tal entendimento.

Nada há nos autos que afaste a validade do depoimento dos policiais, não se desincumbindo a defesa do ônus de demonstrar tivessem eles qualquer motivo para imputar, falsa e levianamente, a autoria dos fatos ao acusado, ou mesmo “forjado” contra o réu, em nada lhes aproveitando condenação de quem sabidamente inocente, cabendo a ressalva de que estão sujeitos às penas do artigo 339 do Código Penal.

A jurisprudência pátria tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando como aqui, esteja coerente ao quadro probatório colacionado e não discrepe do produzido em sua essência.

Nesse sentido: *“Os funcionários da Polícia merecem, nos seus relatos, a normal credibilidade das testemunhas em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isso não ocorre e desde que não tenham interesse próprio, mas agem na defesa da coletividade, sua palavra serve a informar o convencimento do Julgador” (JTJ LEX 176/314).*

Com efeito, os policiais, funcionários públicos que são, gozam de fé pública e seus depoimentos devem ser aceitos como verdadeiros, máxime quando encontram eco nos demais elementos trazidos para o bojo do processo.

De resto, é de maciça jurisprudência, prolatada inclusive pelas Cortes Superiores: *“HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE*

ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. 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. Ordem denegada” (STJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Habeas Corpus 115516/SP, Julgado em 03/02/2009).

Não é crível que os policiais pudessem ter em seu poder tamanha quantidade de drogas somente para imputar responsabilidade ao recorrente, destacando que a defesa não apontou qualquer animosidade entre o réu e os policiais, de maneira que não há nada que mitigue a validade de seus depoimentos, resultando a autoria do apelante incontroversa.

Nem se fale que a prova é problemática seja pela ausência de outros depoimentos estranhos aos órgãos policiais ou ainda pela falta de imparcialidade do testemunho dos policiais.

Atualmente é notório que, nos crimes de tráfico, os testemunhos de civis, alheios aos quadros policiais, são cada vez mais raros, ante o medo que norteia a população no tocante ao citado delito, sentimento compreensível pela estruturação advinda dele, fomentada pelo grande lucro envolvido e pelo conhecido Código de Ética, principalmente nos locais mais humildes, o que culmina, consequentemente, com a perda da própria vida dos colaboradores.

Dessa forma, deve o depoimento dos policiais ser tido como outro qualquer, ou seja, para desacreditá-lo, é necessário demonstrar a invalidade concreta e não apenas suposta. E a própria versão apresentada pelo apelante - negativa de autoria - é inaceitável e ficou divorciada do conjunto probatório.

Portanto, o testemunho dos policiais merece fê até prova em contrário, desde que não se demonstre sua inidoneidade, propósito ou interesse em falsamente incriminar o réu, sendo certo, que no presente feito, não se vislumbra qualquer possibilidade de que os policiais mentiram ou inventaram a diligência para prejudicar de forma injusta o acusado, como também não vislumbro contradições na versão por eles apresentada na fase policial e na instrução judicial.

Ademais, os policiais não tinham motivos para incriminá-los gratuitamente e o apelante também não apontou nenhum motivo para que os policiais quisessem prejudicá-lo injustamente.

Não há dúvida, portanto, de que todos os entorpecentes apreendidos pertenciam ao apelante e ao corréu e se destinavam ao tráfico ilícito de entorpecentes.

A quantidade de drogas, bem como a forma que estavam acondicionadas, apontam a destinação para o comércio clandestino.

As versões do réu se mostrou frágil e isolada, sendo contrariada pelos seguros e uníssonos depoimentos dos policiais, aliados à apreensão das drogas.

A testemunha de defesa Márcio dos Santos Isaac nada sabia a respeito dos fatos, limitando-se a informar que conhecia o réu Fernando, posto que foi seu professor de futebol e ele era um menino tranquilo, trabalhador e estava atrás de tratamento para curar o vício.

Saliente-se ainda que, no caso vertente, resultou devidamente comprovado que o apelante se dedicava à venda de drogas.

Assim, em que pese os argumentos da combativa defesa, constata-se que a prova oral, somada à apreensão de expressiva quantidade de droga (*maconha*), durante a diligência, além da forma de acondicionamento dos entorpecentes, prontos para a venda, do local dos fatos, conhecido ponto de venda de drogas, do fato do apelante tentar se evadir ao avistar os policiais, bem como das circunstâncias da prisão do réu (flagrado realizando movimentação típica de tráfico de drogas), são mais que suficientes para embasar um decreto condenatório pelo delito de tráfico de drogas, inviabilizando, portanto, o argumento defensivo de absolvição por insuficiência probatória.

Ademais, no guarda-roupas do apelante foi localizada uma porção de maconha cuja embalagem era idêntica às daquelas apreendidas no ponto de tráfico.

Assim, ainda que nada de ilícito tenha sido apreendido em poder do apelante, conforme alegado pela defesa, em pouco tempo de observação, o apelante foi flagrado vendendo drogas para cinco usuários, restando

caracterizado, portanto, o crime de tráfico de drogas.

Evidente o dolo direto do agente, isto é, a vontade livre e consciente de praticar a conduta descrita no tipo do artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06, sendo a versão do apelante frágil e inconsistente ante os elementos de prova, notadamente dos depoimentos dos policiais que abordaram o réu e foram responsáveis por sua prisão em flagrante, que foram uníssonos, firmes e claros.

Na verdade, a conduta inserida em qualquer dos verbos contidos no artigo 33, da Lei de Drogas, implica em tráfico, onde o dolo é sempre genérico.

Ademais, a quantidade de drogas apreendidas, prontas para a venda, e as demais circunstâncias do caso concreto afastam a possibilidade de desclassificação para o delito de consumo, nos moldes do artigo 28, § segundo, da Lei Federal 11343/06.

Ressalte-se, por outro lado, que o tipo penal em questão é de ação múltipla e conteúdo variado, bastando, portanto, que o agente pratique qualquer um dos verbos nucleares contidos no artigo 33, “caput”, da Lei Federal 11343/06, com a intenção de traficar entorpecentes, para que o delito previsto no dispositivo legal mencionado resulte configurado.

Além do mais, apesar de o apelante ter sido visualizado pelos policiais em atos típicos de comércio de drogas, desnecessários até atos de mercancia para a caracterização do delito de tráfico de entorpecentes, bastando a evidência, diante das circunstâncias, como as dos autos, que para tanto se destinassem os tóxicos regularmente apreendidos.

No mesmo sentido: *“Importante ressaltar, ainda, que para a configuração do crime de narcotráfico, sequer é exigido qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, não sendo necessária a traditio para consumação do delito”* (RJTJSP, Apelação Criminal 0000272-15.2018.8.26.0470, Des. Marco Antônio Cogan, Data do julgamento: 06/02/2020).

Por outro lado, não há que se falar que a única prova existente nos autos contra o réu é a palavra dos policiais, pois ainda há, em desfavor dele, a apreensão de expressiva quantidade de drogas.

Assim, diante do conjunto probatório coligido, que bem demonstrou a materialidade e a autoria delitiva, é de rigor a manutenção da

condenação do acusado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, não havendo que se falar em absolvição.

Em suma, o quadro probatório contém elementos de convicção, de modo a não deixar dúvidas sobre a prática, pelo recorrente, do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, não se verificando, no caso em tela, quaisquer das hipóteses previstas no artigo 386, “caput”, incisos I a VII, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, diante do conjunto probatório coligido nos autos, não há dúvidas em relação à autoria e à materialidade do delito.

Portanto, inviável a aplicação dos princípios da presunção da inocência ou “*in dubio pro reo*”.

Passo à análise das reprimendas impostas, apesar de não ter sido objeto de recurso.

E, inicialmente, o culto Juiz sentenciante, sopesadas as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, e artigo 42, da Lei Federal 11343/06, fixou a pena-base no mínimo legal, isto é, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Em seguida, embora reconhecida a atenuante da menoridade relativa, tem-se que esta não deve produzir efeitos sobre as sanções, pois a circunstância dessa espécie não possui o condão de permitir a fixação da reprimenda em patamar inferior ao mínimo legal.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça unificou seu entendimento através da Súmula 231:

“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Não há como cogitar da atenuante quando a pena-base é fixada considerando o quantitativo mínimo previsto para o tipo. Sendo o Direito uma ciência, descabe confundir institutos que têm significado próprio o de atenuante com o revelado pela causa de diminuição de pena. Somente em relação a esta é possível chegar-se a quantitativo inferior ao mínimo estabelecido na norma de regência” (Habeas Corpus 71.051-4, Relator Ministro Marco Aurélio Melo).

E ainda:

“O juiz não pode, mesmo considerando as diversas circunstâncias genéricas (a menoridade, inclusive) fixar a sanção penal definitiva em limite abaixo do mínimo legalmente autorizado” (Habeas Corpus 70.883-8, Relator Ministro Celso de Melo).

A propósito, constitui entendimento jurisprudencial que:

“O Juiz não pode fixar a pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, em total desrespeito ao preceito constitucional do artigo 105, inciso III, alínea 'a', mesmo que seja para beneficiar o réu, pois estaria estabelecendo critérios ilegais e não admissíveis em nosso ordenamento jurídico, criando também, em última análise, a possibilidade de fixá-la acima do máximo previsto” (Relator Des. Fernando Matallo - RJTACRIM 40/190).

Neste sentido:

“No processo de individualização da pena, deve o Juiz observar os cânones inscritos nos artigos 59 e 68, do Código Penal, fixando a pena-base dentro das balizas delimitadas pelo legislador, observando para tanto as circunstâncias judiciais, fazendo incidir, depois, as circunstâncias legais atenuantes ou agravantes e complementar a operação com a aplicação das especiais de aumento ou de diminuição de pena. Fixada a pena base no mínimo legal, não há espaço para a sua redução por força do reconhecimento de circunstância atenuante, como proclamado pela Súmula 231, deste Tribunal” (STJ, Relator Ministro Vicente Leal, DJU 02.09.2002, Página 269).

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou tal questão, reconhecendo o acerto da providência ora arguida:

Pena. Circunstância legal. Menoridade. Limite. A consideração de atenuante não pode conduzir a fixação da pena em quantitativo inferior ao mínimo previsto para o tipo, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição” (STF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJU 20.09.1996, Página 34.537).

Ausentes agravantes.

E foi aplicado o redutor previsto no § quarto, do artigo 33, da Lei Federal 11343/06, ante a primariedade do réu, a ausência de antecedentes criminais e a não vinculação à organização criminosa, devendo ser mantida a aplicação do redutor na fração de 1/2 (metade), posto que o apelante vendia e trazia consigo, para fins de tráfico, expressiva quantidade de entorpecentes, que demonstra que ele não é pequeno e inofensivo traficante, resultando as penas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, cada qual no mínimo legal.

A esta altura, insta observar que a dosagem do índice da

redução derivada dessa causa especial de diminuição de pena levará em conta as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, com a situação de preponderância definida no artigo 42 da Lei Federal 11343/06.

Palpável a maior reprovabilidade da conduta, prestando-se os entorpecentes, pela quantidade, a lesionar em maior intensidade a saúde pública, bem jurídico protegido pelo artigo 33 da Lei Federal 11343/2006.

Conforme iterativa jurisprudência, a quantidade e natureza dos entorpecentes é circunstância apta para a verificação da fração redutora a ser aplicada na terceira fase da dosimetria.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11343/06 NA FRAÇÃO MÁXIMA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. O artigo 42 da Lei 11343/2006 dispõe que "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". Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE 666.334/AM, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJE de 06/05/2014). Assim, permitiu o col. STF, mutatis mutandis, a valoração de tal circunstância desfavorável (a quantidade e a natureza do entorpecente) na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena do delito de tráfico de drogas. IV - In casu, a referida circunstância foi fixada na terceira fase da dosimetria, impedindo a incidência da minorante contida no artigo 33, § 4º, da Lei 11343/2006, em seu grau máximo. Sendo desfavorável, portanto, impediria, inclusive, a fixação do regime semiaberto em razão da quantidade de pena imposta ao paciente. No entanto, a fim de evitar reformatio in pejus, mantém-se o regime semiaberto fixado pelas instâncias ordinárias (precedentes). Em decorrência do quantum da pena do paciente e da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há falar em possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que, na presente hipótese, não estão preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal. Habeas corpus não conhecido (STJ, Habeas Corpus 371.981/SC, Relator Ministro Félix Fischer, Julgado em 07/02/2017, DJE 14/02/2017).

Especificamente sobre o benefício acima referido, a

redução da pena deve ficar ao arbítrio do Juiz, que deverá levar em consideração o artigo 59, do Código Penal e, também, o artigo 42, da Lei 11343/06. Evidentemente que a redução no patamar máximo não é obrigatória pela própria redação do dispositivo legal em testilha (artigo 33, § quarto, da Lei 11343/06), “as penas poderão ser reduzidas, principalmente por não se tratar de direito subjetivo do réu.

Assim, a pena do réu foi acertadamente reduzida em 1/2 (metade).

Em relação ao regime prisional, há que ser mantida a fixação do regime prisional inicial fechado para início do cumprimento da pena, tendo em vista sobretudo o alto grau de periculosidade do réu e a gravidade do delito, de modo que, ante a gravidade em concreto da infração penal, já que fere bem jurídico difuso (saúde pública) e dilacera inúmeras famílias, e com escopo na própria individualização da pena, também direito fundamental, não há outro regime a ser imposto ao réu, senão o fechado, consoante artigo 33, § terceiro, do Código Penal.

Isto por que o bem tutelado é difuso, o que atrai a gravidade em concreto do delito, escapando do teor das Súmulas 718 e 719 do STF.

Além disso, a fixação do regime prisional inicial fechado no presente caso está de acordo com o previsto na Súmula 719, do STF, tendo em vista que tal decisão foi suficientemente motivada.

Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"Na espécie, a sentença encontra-se devidamente fundamentada, expondo, de modo inequívoco, as razões de convencimento do magistrado que o conduziram à fixação do regime inicial fechado. No presente caso, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da pena, ao que tudo indica, está em conformidade com a Súmula 719 desta Corte, que estabelece que a imposição de regime mais gravoso do que a pena permite deve vir acompanhada da devida fundamentação, tal como parece ter ocorrido. Verifico que a opção pela fixação do regime inicial fechado deu-se em razão da gravidade concreta das circunstâncias que envolveram o delito, bem como da periculosidade revelada por essa prática. Tais fundamentos, a meu juízo, autorizam a imposição do regime prisional mais gravoso." (RHC 128827, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Julgamento em 21.02.2017, DJE de 13.03.2017).

O regime prisional para o início do cumprimento da reprimenda deve ser o fechado, especialmente pela gravidade e hediondez do crime, feita a avaliação não em função do critério objetivo (quantidade de pena e artigo 33,

§ segundo, do Código Penal), mas sim do critério subjetivo (artigo 33, § terceiro, do Código Penal).

Com efeito, a imposição de regime prisional mais gravoso é uma necessidade social, reflexo de um juízo de valor da sociedade que clama por maior rigor da resposta estatal na reprimenda desse mal, especialmente em se tratando de crime de tamanha nocividade, como é o caso do tráfico de drogas, ainda mais em se considerando as circunstâncias fáticas essenciais (prática do tráfico como meio remunerativo; quantidade de drogas; local onde era realizado o comércio espúrio, conhecido como ponto de tráfico).

É este, aliás, o posicionamento desta Colenda Câmara, em irrebatíveis argumentos (Apelação 0003318-06.2014.8.26.0291, Relator Des. Ricardo Tucunduva, Julgado em 18.02.2016):

“O regime prisional para o início do desconto da pena corporal não pode ser outro senão o fechado, levando-se em conta a quantidade e a natureza da droga apreendida, além as circunstâncias do crime cometido e da má conduta social do réu, que ajudava a movimentar a máquina criminoso ligada ao tráfico ilegal de drogas, circunstâncias reveladoras de periculosidade e ousadia. A propósito, tenho que o tráfico de drogas é delito incompatível com o cumprimento de pena carcerária em regime diverso do fechado. O Juiz pode e deve impor ao traficante pena e regime de cumprimento rigorosos, porque tão ou mais importantes do que os interesses individuais estão os interesses da sociedade, que se vê cada dia mais fragilizada pela disseminação do uso substâncias tóxicas ilícitas, as quais corroem não só a saúde, mas também a dignidade e o caráter dos usuários, além de desassossegar todas as pessoas que os cercam. Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal acolheu, por maioria de votos, num determinado caso concreto (Habeas Corpus 111.840/ES), a tese relativa à inconstitucionalidade do artigo segundo, parágrafo primeiro, da Lei 8072/90. Mas, todos sabem que o Juiz deve julgar pela Lei, não pelo julgado, como ensinava o grande João Mendes Júnior.”

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça (Agravo no Agravo em Recurso Especial 1.465.052-SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em 18.06.2019):

“A gravidade concreta do delito representada pela natureza e variedade de entorpecentes apreendidos justifica o estabelecimento de regime prisional mais severo do que a quantidade de pena aplicada”.

Não é apenas o montante da pena ou a gravidade abstrata da conduta que devem balizar a modalidade prisional, mas também a necessidade de justa e suficiente resposta jurisdicional, apta à reprovação e,

principalmente, a obstar a reiteração criminosa.

O regime fechado foi corretamente fixado, sendo o único dotado de suficiência para a repressão e a prevenção do crime de tráfico de drogas, considerando o disposto no artigo segundo, § primeiro, da Lei Federal 8072/90.

Cabe invocar ensinamento do STF: *“A determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do caput do artigo 33 e seu parágrafo segundo, do Código Penal, mas, também, de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do artigo 59 e inciso III (RHC 64.970). E deve ser feita, nos termos do parágrafo terceiro, do artigo 33, com observância critérios previstos no artigo 59”* (Habeas Corpus 70.289-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Sidney Sanches, RTJ 148/490).

Fica claro que o cometimento de tráfico denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos ético-jurídicos que presidem a convivência social.

Ademais, nunca é demais lembrar que, na aplicação da lei, aqui vista em sentido amplo, deve o juiz atentar-se para os fins sociais da norma e ainda para o bem comum.

Assim preconiza o artigo quinto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*.

Ademais, importante salientar que a Carta Magna impõe o tratamento diferenciado para os crimes hediondos e assemelhados, em verdadeiro mandado de criminalização, o que denota, que seu descumprimento representaria, inclusive, descumprimento ao princípio da força normativa e ao caráter vinculante das normas constitucionais.

No presente caso, o diagnóstico de periculosidade é razoável e encontra eco nos autos para considerar o réu perigoso à ordem pública.

Houve, em suma, motivação suficiente e em sintonia com o caso concreto, e se justifica a fixação do regime fechado. Assim, não há que se falar na fixação do regime prisional inicial semiaberto ou aberto para cumprimento da reprimenda.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes em: a) prestação de serviços à comunidade,

pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade substituída, em local e condições indicados pela Central de Penas e Medidas Alternativas desta Comarca; b) prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo federal vigente à entidade pública, nos termos do artigo 45, § primeiro, do Código Penal, podendo o pagamento do valor ser dividido em três parcelas mensais, o que deve ser mantido.

Portanto, não há que se falar em ofensa a qualquer dos princípios e normas constitucionais e federais aventados pela defesa, muito menos afronta à Constituição Federal ou às normas penais ou processuais penais.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Félix Fischer, DJE 08.05.2006, Página 24).

Ressalte-se que prequestionamento é direito da parte e, portanto, não requer prévia manifestação do Tribunal no tocante a decisão que se pretende interpor recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

TEIXEIRA DE FREITAS
RELATOR